

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le domaine de l'internet

Montero, Etienne

Published in:
Droit de la responsabilité

Publication date:
2010

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Montero, E 2010, Le domaine de l'internet: réflexions autour de quelques affaires emblématiques. Dans *Droit de la responsabilité: domaines choisis*. Anthemis, Liège, p. 185-225.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

5

Le domaine de l'Internet – Réflexions autour de quelques affaires emblématiques

Étienne MONTERO

professeur ordinaire aux F.U.N.D.P. (Namur), doyen de la Faculté de droit

SOMMAIRE

Propos liminaires	186
SECTION 1	
Aperçu du régime de responsabilité des intermédiaires de l'Internet	189
SECTION 2	
Applications jurisprudentielles et controverses	200
Conclusion	224

Propos liminaires

1. En quelques années, l'Internet s'est imposé comme un outil de communication incontournable dans tous les secteurs de la société et dans nombre de foyers. Qui n'y recourt pas aujourd'hui, à des fins professionnelles ou privées, pour chercher des informations, vendre ou acheter des biens, réserver un billet d'avion, consulter un compte de messagerie, poster un commentaire dans un forum de discussion ou un blog, etc. ? Comme toute technologie aux mains des hommes, l'Internet peut être utilisé à bon ou à mauvais escient : il favorise les échanges entre personnes éloignées, permet une diffusion des connaissances à grande échelle et offre d'innombrables possibilités d'enrichissement personnel (à condition de veiller à la qualité des contenus proposés) ; mais l'Internet permet aussi à la malice humaine de s'exprimer dans des formes nouvelles et de donner à ses méfaits une portée sans précédent.

L'Internet est au cœur d'un contentieux aux multiples facettes et qui ne cesse de croître¹. Personne n'est à l'abri d'un préjudice découlant d'un usage peu scrupuleux de tel ou tel service offert par le biais de l'Internet. Les exemples sont légion : atteintes aux droits à l'image et à la vie privée (photos ou vidéos diffusées dans un réseau social ou sur un site de partage de contenus à l'insu des intéressés, collecte de données à caractère personnel dans le cadre d'une campagne de marketing viral, cybersurveillance sur le lieu de travail...), violation de droits de marque (dans le contexte de la réservation de noms de domaine, du référencement ou des métatags...), atteinte à des droits d'auteurs (téléchargement sans autorisation de films, de fichiers musicaux et d'autres œuvres protégées...), atteintes à l'honneur et à la réputation des personnes, physiques ou morales (diffamation sur un blog, dans un forum de discussion, dans un journal en ligne...), cybercriminalité (intrusion dans un système d'information et destruction de données, diffusion de virus, fraudes dans des paiements en ligne...), etc.

2. Le nombre de litiges portés en justice est en claire augmentation avec l'essor des sites communautaires et participatifs tels les réseaux sociaux (Myspace, Facebook...), les mondes virtuels (Second Life...), les sites de partage de contenus (DailyMotion, YouTube...), les places de marché électroniques (eBay...), les wikis, les blogs... Tous ces sites de seconde génération – ressortissant à ce qu'il est convenu d'appeler le Web 2.0 – ont en commun qu'ils se présentent comme une structure destinée à accueillir les contenus apportés par les internautes eux-mêmes. Le fait que tout un chacun se voit ainsi offrir des facilités sans

1. Cf. les centaines de décisions commentées dans la « Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008) », *R.D.T.I.*, n° 35, juin 2009.

précéder pour diffuser des contenus sur le réseau des réseaux constitue, comme on peut déjà le constater, un évident facteur d'aggravation des risques d'atteintes à l'honneur, à l'image, à la vie privée, à des droits intellectuels...

3. Comme dans tous les médias de masse, la diffusion de l'information par le biais de l'Internet suppose le concours d'une pluralité d'intervenants : titulaires de sites, prestataires d'hébergement, fournisseurs d'infrastructure et d'accès au réseau, gestionnaires de réseaux, fournisseurs d'annuaires et moteurs de recherche... À cet égard, se pose la question de savoir qui, parmi les différents intervenants, peut être tenu pour responsable à l'égard d'un contenu illicite. Par exemple, en cas de propos haineux tenus dans un forum de discussion, faut-il imputer la responsabilité à l'auteur du message, à l'éditeur du forum, au modérateur, au prestataire qui assure le stockage matériel des contenus, au prestataire qui se borne à permettre l'accès au forum... ?

La personne qui est à l'origine du contenu litigieux (mise sur le Web d'œuvres contrefaites, propos calomnieux publiés sur un site, message injurieux et diffamatoire posté dans un forum de discussion, commentaire à connotation raciste et xénophobe posté dans un blog...²) est bien sûr responsable en première ligne des éventuels préjudices, matériels et/ou moraux, causés par cette diffusion. On tendrait à l'oublier tant les prestataires techniques sont au centre de tous les débats relatifs à la responsabilité des acteurs de l'Internet. Il est vrai que l'identification des auteurs de contenus illicites ou préjudiciables n'est pas toujours aisée dans un environnement numérique ouvert tel l'Internet, où il est facile d'œuvrer à partir de l'étranger et/ou dans l'anonymat. Les prestataires intermédiaires assurant le transport ou le stockage des contenus litigieux sont, quant à eux, connus et identifiés, à portée de main de la victime et généralement solvables. C'est pourquoi ils sont très tôt et naturellement devenus la cible privilégiée des actions en responsabilité.

4. Aussi, dès la fin des années 90, la question de la responsabilité des intermédiaires techniques eu égard aux contenus illicites transmis ou stockés par leur soin a-t-elle été au cœur des discussions lors de l'adoption de la directive sur le commerce électronique³. À l'instar du *Digital Millennium*

2. Pour des références jurisprudentielles, E. MONTEIRO et H. JACQUEMIN, « La responsabilité civile des médias », in *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, Livre 26^{ter}, vol. 3, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 27 et s., n° 211 et s. ; C. SCHÖLLER, « Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008) – IV. B. Liberté d'expression », *R.D.T.I.*, n° 35, 2009, spéc. pp. 118 et s.

3. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.C.E.*, n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1.

Copyright Act du 28 octobre 1998, dont elle s'inspire⁴, la section 4 de cette directive entend réaliser un compromis équilibré entre les intérêts des prestataires de service d'intermédiation de l'Internet et ceux de l'industrie des contenus (créateurs et titulaires de droits sur les logiciels, musiques, vidéos, films...). Il est à noter qu'à la différence de la loi américaine qui, s'inscrivant dans une optique verticale, vise uniquement les atteintes au *copyright*, la section 4 de la directive 2000/31 couvre, elle, de façon horizontale, tous les types d'activités illicites exercées en ligne par des tiers⁵. Les deux textes ont en commun d'établir une série d'exonérations de responsabilité, sous conditions, au profit de certaines activités exercées par des prestataires intermédiaires, à savoir le « simple transport » qui consiste à transmettre des informations sur un réseau de communication ou à fournir l'accès à un tel réseau⁶, le stockage des données sous forme de cache (copies temporaires)⁷ et l'hébergement consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service⁸.

À la base du régime de responsabilité mis en place gît un double constat. D'un côté, les prestataires intermédiaires – cantonnés dans un rôle purement technique – ne sont pas supposés prendre connaissance des contenus dont ils assurent le transport ou le stockage ; par ailleurs, si leur responsabilité pouvait être facilement engagée, ils se montreraient forcément peu enclins à prêter leur concours à la fourniture de services potentiellement risqués tels ceux destinés à accueillir des contenus divers fournis par les usagers de l'Internet ; la liberté d'expression s'en serait trouvée bridée et l'on n'aurait pas vu émerger les sites participatifs et communautaires qui fleurissent aujourd'hui sur la Toile. D'un autre côté, les prestataires intermédiaires sont idéalement placés et les mieux outillés pour prévenir ou faire cesser les activités illégales exercées par le biais de leurs services. L'on n'aurait pas compris que leur position privilégiée

4. Pour une comparaison des deux systèmes, E. MONTERO et H. JACQUEMIN, « La responsabilité civile des médias », *op. cit.*, pp. 18 et s., n° 189 et s. ; R. JULIA-BARCELO, « On-line Intermediary Liability Issues : Comparing E.U. and U.S. Legal Framework », *E.I.P.R.*, 2000, pp. 106-119 ; V. SEDALLIAN, « La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millennium Copyright Act américain et le projet de directive européenne sur le commerce électronique », *Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n° 110, 1999, pp. 1-4.
5. Cette directive a été transposée en droit belge par deux lois distinctes : la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information visés à l'article 77 de la Constitution, *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12960 et la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12963 (citée L.S.S.I.).
6. Art. 12 de la directive 2000/31 et art. 18 de la L.S.S.I.
7. Art. 13 de la directive et art. 19 de la L.S.S.I.
8. Art. 14 de la directive et art. 20 de la L.S.S.I.

ne puisse être utilement exploitée dans l'intérêt des utilisateurs et des tiers – parmi lesquels les titulaires de droits intellectuels – victimes d'une diffusion illicite.

Le souci de réaliser un « équilibre entre les différents intérêts en jeux »⁹ s'est traduit par la mise en place d'un subtil régime juridique dont on rappelle les lignes de force (section 1), avant d'illustrer sa mise en œuvre à travers quelques affaires emblématiques (section 2).

SECTION 1

Aperçu du régime de responsabilité des intermédiaires de l'Internet

5. Comme il a déjà été suggéré, des exonérations de responsabilité conditionnelles sont instituées au profit de certaines activités d'intermédiation¹⁰ (A). Par ailleurs, les prestataires qui exercent de telles activités ne peuvent se voir imposer par les autorités nationales aucune obligation *générale* de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni aucune obligation *générale* de rechercher activement des faits ou circonstances révélant des activités illicites¹¹ (B). En tenant ainsi les prestataires intermédiaires largement à l'abri d'actions en responsabilité et en les dispensant de traquer eux-mêmes les activités illicites, le législateur européen entendait non seulement favoriser l'essor des services de la société de l'information, mais aussi promouvoir la liberté d'expression¹². Ainsi épargne-t-on aux intermédiaires techniques les lourdes charges liées au contrôle et au filtrage¹³ – techniquement difficile à mettre en œuvre, à l'efficacité douteuse et au coût non négligeable –, tout en les éloignant de la tentation de pratiquer des formes de censure préalable.

9. Considérant n° 41 de la directive sur le commerce électronique.

10. Art. 12 à 14 de la directive.

11. Art. 15, § 1^{er}, de la directive.

12. À ce sujet, voy. E. MONTERO et Q. VAN ENIS, « Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'Internet : la quadrature du cercle ? », *R.L.D.I.*, n° 61, juin 2010, pp. 86-99, spéc. pp. 87 à 91, n° 5-19.

13. Les dispositifs de filtrage sont « des applications logicielles de contrôle des contenus conçues pour bloquer automatiquement l'affichage ou le téléchargement de matériaux sélectionnés sur un navigateur Internet ou toute autre application Internet » (C. ANGELOPOULOS, « Filtrage des contenus protégés par le droit d'auteur sur Internet en Europe », *Iris plus*, 2009-4, p. 2 et la référence à CONSEIL DE L'EUROPE, « Rapport du Groupe de spécialistes sur les droits de l'homme dans la société de l'information (MC S IS) sur l'utilisation et l'impact des mesures de filtrage technique pour divers types de contenus dans l'environnement numérique », CM(2008)37, disponible sur www.tinyurl.com/adyzoz).

En contrepartie, une juridiction peut leur imposer une obligation *temporaire* de surveillance dans un cas spécifique ¹⁴ (C) et il est toujours possible de saisir le juge du provisoire afin qu'il soit ordonné à un prestataire de prévenir ou faire cesser une violation ¹⁵ (D) ; enfin, les intermédiaires techniques sont tenus de collaborer avec les autorités judiciaires et policières, en les tenant informées d'activités illicites qu'exerceraient les destinataires de leurs services ou en leur communiquant les données d'identification de ces derniers ¹⁶ (E).

A. Des exonérations de responsabilité

6. Avant de présenter succinctement les différentes exonérations de responsabilité, il n'est pas inutile de rappeler, d'une part, qu'elles couvrent tant la responsabilité pénale que civile des prestataires concernés, d'autre part, que les textes se bornent à délimiter des zones de non-responsabilité dans des cas précis, sans affecter la substance des principes et règles gouvernant la responsabilité pénale et civile ¹⁷. Autrement dit, le fait qu'un intermédiaire ne remplit pas les conditions de l'exonération de responsabilité ne le rend pas automatiquement responsable pour autant ; simplement, il perd le bénéfice de l'exonération et sa responsabilité doit dès lors être appréciée au regard du droit commun.

1. Simple transport

7. L'article 18 de la L.S.S.I. - qui transpose fidèlement l'article 12 de la directive 2000/31 - prévoit une exonération de responsabilité pour les services consistant à transmettre sur un réseau de communication des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès à un tel réseau. Le prestataire qui fournit de tels services n'est pas responsable des informations transmises s'il satisfait aux conditions cumulatives suivantes : 1° il n'est pas à l'origine des données ; 2° il ne sélectionne pas le destinataire de la transmission ; 3° il ne sélectionne ni ne modifie les informations faisant l'objet de la transmission.

14. Considérant n° 47 de la directive sur le commerce électronique.

15. Cf. les articles 12, § 3, 13, § 2, et 14, § 3, ainsi que le considérant n° 45 de la directive sur le commerce électronique.

16. Art. 15, § 2, de la directive.

17. Cf. le Commentaire article par article de la Proposition de directive du Parlement et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur, présentée par la commission le 18 novembre 1998, COM (1998), 586 final, p. 28.

Le second alinéa de l'article 18 précise que les activités de transmission exonérées englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire réalisé au cours et pour les seuls besoins de la transmission.

8. Cette exonération suppose que l'activité présente un caractère purement technique, automatique et passif ¹⁸ ; le prestataire perd le bénéfice de l'exonération dès l'instant où il collabore délibérément, de quelque manière, avec l'un des destinataires de son service ¹⁹.

Contrairement aux hypothèses visées par les articles 19 (stockage sous forme de cache) et 20 (hébergement) de la L.S.S.I., le critère de connaissance ne joue aucun rôle dans le cas du simple transport : le fournisseur d'infrastructure ou d'accès ne perd nullement le bénéfice de l'exonération de responsabilité s'il est prouvé qu'il avait connaissance du caractère illicite des données transportées et n'a pourtant pris aucune mesure appropriée.

2. Hébergement

9. L'article 20 de la L.S.S.I. prévoit une exonération de responsabilité au profit de l'activité consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service à condition que : 1° [le prestataire] n'ait pas une connaissance effective de l'activité ou de l'information illicite, ou, en ce qui concerne une action civile en réparation, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances laissant apparaître le caractère illicite de l'activité ou de l'information ; ou 2° qu'il agisse promptement, dès le moment où il a de telles connaissances, pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible et pour autant qu'il agisse conformément à la procédure prévue au § 3.

Cette condition de procédure est une particularité du texte belge. L'article 20, § 3, impose au prestataire ayant une connaissance effective d'une activité ou d'une information illicite d'en informer sur le champ le procureur du Roi qui prend les mesures utiles conformément à l'article 39bis du Code d'instruction criminelle. Cette disposition s'intéresse à la « saisie » de données numériques ²⁰.

Aux termes du dernier alinéa de l'article 20, § 3, « [a]ussi longtemps que le procureur du Roi n'a pris aucune décision concernant le copiage, l'inaccessibilité et le retrait des documents stockés dans un système informatique, le

18. Considérant n° 42.

19. Considérant n° 44.

20. L'article 39bis du C.I.cr. déclare les règles relatives à la saisie applicables aux mesures consistant à copier, rendre inaccessibles et retirer les données stockées dans un système informatique.

prestataire peut uniquement prendre des mesures visant à empêcher l'accès aux informations ».

10. L'article 20 a été rédigé de manière à transposer en notre droit l'article 14 de la directive 2000/31, avec l'ambition de rencontrer les difficultés suscitées par ce dernier. En effet, le texte de la directive ne spécifie pas le degré de connaissance pouvant justifier un devoir d'intervention, ce qui place l'hébergeur dans une position inconfortable vu l'absence de toute procédure de notification et de retrait de nature à préciser qui assume la responsabilité du maintien ou du retrait de l'information litigieuse. Ajoutons que l'obligation imposée au prestataire d'hébergement d'agir promptement pour supprimer ou rendre inaccessible l'information estimée illicite s'accommodait mal des prescriptions de l'article 39bis du Code d'instruction criminelle et menaçait de rendre impossibles des poursuites pénales ultérieures. Le système imaginé par le législateur belge est censé assurer la sécurité juridique des hébergeurs ; en effet, dès qu'ils ont connaissance d'un contenu illicite, il leur suffit de le communiquer au procureur du Roi, sans être empêchés d'adopter des mesures conservatoires (tendant à empêcher l'accès aux informations, à l'exclusion de toute initiative visant à supprimer celles-ci). De leur côté, les autorités judiciaires sont informées de la présence d'informations apparemment illicites et elles peuvent conserver les preuves²¹. Bien qu'elle entende répondre à de justes préoccupations, cette procédure belge ne nous semble pas appropriée pour plusieurs raisons. Le texte ne précise pas les conditions dans lesquelles le prestataire peut être considéré comme ayant « une connaissance effective d'une activité ou d'une information illicite ». On devine l'embarras des prestataires d'hébergement confrontés à des informations « litigieuses » mais dont ils peinent à apprécier le caractère illicite. Par ailleurs, on peut douter que les procureurs du Roi disposent de la compétence, de l'expérience et du temps suffisants pour jouer ce nouveau rôle qui leur est confié.

Relevons, enfin, que le régime d'exonération de responsabilité prévu pour l'activité d'hébergement ne trouve pas à s'appliquer « lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire »²². On reviendra sur ce point.

3. Stockage sous forme de cache

11. L'article 19 de la L.S.S.I. – qui transpose l'article 13 de la directive – concerne l'activité de stockage sous forme de copie temporaire de données.

21. Pour d'autres considérations, E. MONTERO et H. JACQUEMIN, *op. cit.*, pp. 25-26, n° 205 et 206.

22. Art. 14, § 2, de la directive ; art. 20, § 2, de la L.S.S.I.

Des sites souvent consultés sont ainsi répliqués sur des serveurs relais, souvent mis en place par des fournisseurs d'accès ou de moteurs de recherche (« sites miroirs »). Cette technique, dite « de cache » (*system caching*), permet d'améliorer les temps de connexion à des sites éloignés, de désengorger les réseaux et d'accroître ainsi leurs performances.

Le prestataire est exonéré pour ce type d'activité pourvu qu'il agisse promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour rendre l'accès à celle-ci impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'une autorité administrative ou judiciaire a ordonné de retirer l'information ou de rendre l'accès à cette dernière impossible et pour autant qu'il agisse conformément à la procédure prévue à l'article 20, § 3²³ (évoquée plus haut).

Remarquons que dans le *caching*, contrairement à ce qui est prévu en matière d'hébergement, la « connaissance effective » porte sur des éléments de fait, et non sur des qualifications juridiques. Concrètement, la connaissance effective se réfère au « fait » du retrait de l'information sur le site d'origine ou au « fait » que l'accès à cette dernière a été bloqué ou au « fait » qu'une autorité compétente a donné un ordre en ce sens. Il est évidemment plus aisé de prouver la simple connaissance de faits objectifs que la connaissance effective du caractère illicite de certaines données.

12. En sus de l'obligation positive évoquée, d'autres conditions sont prévues, qui tiennent compte des particularités du *system caching*.

Deux exigences consacrent un devoir d'abstention dans le chef de l'intermédiaire. Pour bénéficier de l'exonération, il s'agit qu'il ne modifie pas l'information (art. 19, 1°) et n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie relative à l'obtention des données sur l'utilisation de l'information (art. 19, 4°). Pour des raisons évidentes, le titulaire du site originaire est intéressé à recueillir toutes sortes d'informations relatives à la consultation de ses pages web : provenance, date et fréquence des visites.... Vu que, très souvent, ce ne sont pas les pages originales qui sont visitées, mais les copies « cache », le prestataire qui gère ces dernières doit permettre que le titulaire de l'information d'origine puisse obtenir ces données au moyen de la technologie disponible à cet effet.

Par ailleurs, le prestataire doit respecter les règles relatives aux conditions d'accès à l'information (art. 19, 2°). Ce point fait référence aux conditions

23. Art. 19, 5°, de la L.S.S.I.

établies par le propriétaire du site originaire pour accéder aux données (ex. : accès au site subordonné à l'obligation de verser une rémunération ou de s'enregistrer au préalable, de donner son nom ou son adresse de courrier électronique, en échange d'un mot de passe). Le prestataire de services gérant les copies sous forme de cache doit faire respecter, le cas échéant, de telles conditions.

Enfin, le prestataire doit également se conformer aux règles concernant la mise à jour de l'information (art. 19, 3^o). Il ne serait pas acceptable que les copies « cache » procurent une information différente de celle figurant sur le site d'origine. C'est pourquoi le prestataire se doit d'actualiser les informations stockées suivant les pratiques reconnues par les entreprises. Cette exigence est particulièrement importante dans certaines circonstances, notamment afin d'écarter le risque d'un préjudice supplémentaire pour la victime d'une atteinte à ses droits ; si cette dernière a obtenu que des informations lui portant préjudice soient retirées du site d'origine, il ne faudrait pas qu'elles demeurent accessibles sur des serveurs contenant des copies « cache » non mises à jour de ce site.

B. Absence d'obligation générale de surveillance

13. L'interdiction – sous conditions – de mettre en cause la responsabilité des intermédiaires eu égard aux informations dont ils assurent la transmission, l'hébergement ou le stockage sous forme de cache est complétée par le principe d'interdiction de toute obligation générale de surveillance des informations qu'ils transmettent ou stockent. Formulé en termes absolus, sous la seule réserve contenue dans le considérant n° 47 (*infra*, point C), l'article 15, § 1^{er}, de la directive (art. 21, § 1^{er}, L.S.S.I.) s'adresse pareillement à toutes les autorités nationales : législateurs, autorités administratives et instances juridictionnelles ; il concerne tant les juges de la responsabilité que les juges du provisoire.

À défaut d'une telle interdiction, certains États auraient pu être tentés d'imposer aux intermédiaires, en particulier aux prestataires d'hébergement²⁴, une obligation générale de rechercher activement des faits ou circonstances révélant des activités illicites, ce qui eût pratiquement réduit à néant l'intérêt des exonérations de responsabilité. Ainsi obligés de débusquer

les infractions commises par le biais de leurs services, les intermédiaires auraient inmanquablement pratiqué une censure préalable, par crainte de voir leur responsabilité mise en cause²⁵. Il eût été intolérable qu'un intermédiaire en arrive à supprimer une information, le cas échéant légitime, sur simple dénonciation ou sur le seul soupçon de son illicéité, sans avoir obtenu au préalable de la part d'un tiers indépendant la confirmation de son caractère illicite. Pareille approche, se conciliant mal avec une conception respectueuse de la liberté d'expression et du droit du public à l'information, eût blessé les principes élémentaires d'une société démocratique²⁶.

14. Il n'est pas inutile de préciser qu'en interdisant d'imposer aux prestataires intermédiaires une obligation générale de surveillance, le législateur européen avait forcément en tête les logiciels de blocage et de filtrage. Il ne pouvait qu'être évident pour lui qu'une obligation générale de surveillance n'est possible qu'au moyen d'équipements techniques dans l'environnement numérique²⁷. Cette évidence ressort indubitablement du premier rapport de la Commission européenne sur la directive 2000/31²⁸ et des travaux préparatoires de la loi de transposition de la directive en droit belge²⁹.

25. Cf. Déclaration sur la liberté de la communication sur l'Internet, adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 28 mai 2003, pp. 11 et 12 (disponible sur le site www.coe.int).

26. Il ressort clairement des considérants 9 et 46 de la directive 2000/31 que celle-ci n'entend pas porter atteinte aux principes fondamentaux en matière de liberté d'expression. Si les prestataires intermédiaires de l'Internet avaient pu être soumis à une obligation générale de surveillance des informations qu'ils transmettent ou stockent ou à une obligation générale de recherche des faits ou circonstances révélateurs d'une activité illicite, cela aurait pu « constituer un frein à la liberté d'expression » (Déclaration sur la liberté de communication sur l'Internet, précitée, commentaire du sixième principe).

27. En ce sens, F. COPPENS, « Filtrage P2P : possibilités techniques et obstacles juridiques », *R.D.T.I.*, n° 30, mars 2008, p. 99 ; E. MONTERO, « Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008) – Droit du commerce électronique », *R.D.T.I.*, n° 35, juin 2009, p. 25. E. CRABIT qui, en tant que fonctionnaire à la Commission européenne, a participé en première ligne à l'élaboration de la directive 2000/31, écrit ceci : « Cette interdiction couvre tout type de mesures générales, même celles qui n'apparaissent pas comme telles mais qui auraient le même effet. En particulier, tomberaient sous cette interdiction les mesures imposant au prestataire d'hébergement un filtrage des informations qu'il héberge ainsi qu'une obligation générale de surveillance pour un domaine particulier, par exemple la protection des mineurs » (*op. cit.*, p. 815. Souligné par nous).

28. Premier rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application de la directive 2000/31 sur le commerce électronique, du 21 novembre 2003, COM (2003) 702 final, p. 15, note 73.

29. Cf. projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/1, p. 48). En ce sens également, P. VAN ECKE, « De nieuwe wetgeving inzake elektronische handel. Een eerste commentaar », *R.W.*, 2003-2004, pp. 338-339.

24. Ceux-ci pouvant échapper à toute responsabilité dans les cas où ils n'ont pas connaissance de faits ou circonstances révélant une information ou une activité illicite, certains États membres auraient pu prétendre les soumettre à une obligation de rechercher activement de tels faits ou circonstances, ce qui aurait réduit l'intérêt de l'article 14. En ce sens, E. CRABIT, « La directive sur le commerce électronique. Le projet "Méditerranée" », *R.D.U.E.*, n° 4, 2000, p. 815.

L'interdiction en question se justifie non seulement par les raisons de principe suggérées (sauvegarder la liberté d'expression et éviter la censure préventive)³⁰, mais aussi par d'évidents motifs d'ordre pratique et économique : une surveillance générale serait techniquement impraticable et économiquement insupportable. Comme l'observe la Commission européenne, « [il] s'agit là d'un point important car la surveillance générale de millions de sites et de pages Web serait, en pratique, impossible et déboucherait sur une charge disproportionnée pour les prestataires intermédiaires et sur des coûts d'accès plus élevés aux services de base pour les utilisateurs ». « Toutefois », ajoute-t-elle, « l'article 15 n'empêche pas les autorités publiques des États membres d'imposer une obligation de surveillance dans un cas spécifique »³¹.

C. Obligation particulière de surveillance

15. Comme le précise le considérant n° 47 de la directive 2000/31, l'interdiction de toute obligation *générale* de surveillance est tempérée par la possibilité reconnue aux autorités nationales d'imposer aux prestataires intermédiaires des obligations particulières de surveillance. Ce principe a été expressément consacré à l'article 21, § 1^{er}, alinéa 2, de la L.S.S.I. : « Le principe énoncé à l'alinéa 1^{er} ne vaut que pour les obligations à caractère général. Il n'empêche pas les autorités judiciaires compétentes d'imposer une obligation temporaire de surveillance dans un cas spécifique, lorsque cette possibilité est prévue par une loi ».

Qu'on ne se y trompe pas : cette possibilité d'imposer une surveillance particulière ne fait pas exception au principe d'interdiction des obligations générales de surveillance. En d'autres termes, on ne saurait admettre qu'une mesure générale de *monitoring* puisse être imposée dans certaines circonstances, par exemple aux fins de détecter un contenu spécifique. Cela étant, il n'est guère évident de faire précisément le départ entre une obligation générale de surveillance et une obligation particulière de surveillance. D'autant que les travaux préparatoires de la directive sont extrêmement laconiques sur la question. La seule indication est que l'interdiction d'imposer une surveillance générale ne concerne pas les obligations de surveillance prévues par une loi applicable à un cas spécifique³². On songe, en droit belge, à l'article 90^{ter} du Code d'instruction criminelle : sur

30. Voy. aussi A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'Internet », *J.T.*, n° 6000, 2001, p. 142, n° 34.

31. Premier rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application de la directive 2000/31 sur le commerce électronique, du 21 novembre 2003, COM (2003) 702 final, p. 15.

32. Lire notamment le considérant n° 47.

cette base, un juge d'instruction pourrait ordonner à un intermédiaire de surveiller un client particulier (« écoutes électroniques »³³).

En tout état de cause, seule est admissible une surveillance « ciblée » (un site, un contenu bien spécifié) et « temporaire », imposée à la demande des autorités judiciaires ou policières nationales, afin d'empêcher ou de combattre une activité illicite particulière³⁴.

D. Injonctions

16. Afin de contrebalancer le régime de faveur accordé à certaines activités d'intermédiation, la directive sur le commerce électronique précise encore que les règles d'exemption de responsabilité « n'affecte[nt] pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation »³⁵. Ultérieurement, deux directives européennes ont confirmé cette possibilité de solliciter des mesures provisoires à l'encontre des intermédiaires sur le terrain spécifique du respect des droits intellectuels³⁶.

La loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins³⁷ a dû être adaptée en conséquence. Son article 87, § 1^{er}, se lit désormais comme suit : « Le président du tribunal de première instance et le président du tribunal de commerce, dans les matières qui sont respectivement de la compétence de ces tribunaux, constatent l'existence et ordonnent la cessation de toute atteinte au droit d'auteur ou à un droit voisin. Ils peuvent également rendre

33. Il s'agit d'intercepter des données numériques en cours de transmission.

34. Commentaire article par article de la directive sur le commerce électronique, *op. cit.*, p. 31 : « Cette règle générale n'exclut pas qu'un tribunal ou la police puisse demander à un prestataire de services de contrôler, par exemple, un site spécifique pendant une période donnée, afin d'empêcher ou de combattre une activité illicite particulière ». Voir aussi la première rédaction de l'article 15, § 1 dans la Proposition de directive du Parlement et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur, présentée par la commission le 18 novembre 1998, COM (1998), 586 final.

35. Cf. les articles 12, § 3, 13, § 2, et 14, § 3, ainsi que le considérant n° 45 de la directive sur le commerce électronique.

36. Cf. article 8, § 3, et considérant n° 59 de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.C.E.*, n° L 167 du 22 juin 2001, p. 10 ; article 11 ainsi que les considérants 22 et 23 de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *J.O.U.E.*, n° L 195 du 2 juin 2004, p. 16.

37. *M.B.*, 27 juillet 1994, p. 19297.

une injonction de cessation à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte au droit d'auteur ou à un droit voisin (...).

Le texte de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (marques et dessins ou modèles) a également été adapté. L'article 2.2, § 6, de la CBPI (nouvelle mouture) dispose que « Le tribunal peut, à la demande du titulaire de la marque, rendre une injonction de cessation de services à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à son droit de marque ».

17. Étant donné que la directive 2004/48 prend soin de préciser, en son article 2, qu'elle « n'affecte pas (...) la directive 2000/31 en général et les articles 12 à 15 de cette directive en particulier », se pose la délicate question de savoir comment concilier la prohibition faite aux juridictions nationales d'imposer aux prestataires intermédiaires une obligation générale de surveillance et la possibilité qui leur est reconnue de prononcer une injonction à l'encontre de ces mêmes intermédiaires dans les cas où un tiers utilise leurs services de transmission ou de stockage pour porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Nous y reviendrons dans la section 2.

E. Obligations de collaboration

18. Conformément à l'article 15, § 2, de la directive 2000/31, la L.S.S.I. consacre une obligation de collaboration, en son article 21, § 2, désormais libellé comme suit ³⁸ :

« Les prestataires visés au § 1^{er} ont l'obligation d'informer sans délai les autorités judiciaires ou administratives compétentes des activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services, ou des informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient.

Sans préjudice d'autres dispositions légales ou réglementaires, les mêmes prestataires sont tenus de communiquer aux autorités judiciaires ou administratives compétentes, à leur demande, toutes les informations dont ils disposent et utiles à la recherche et à la constatation des infractions commises par leur intermédiaire ».

On se bornera à deux brefs commentaires. Remarquons tout d'abord que le premier alinéa de l'article 21, § 2, vise tant les fournisseurs d'infrastructure et d'accès à un réseau de communication que les prestataires d'hébergement et

de service de stockage sous forme de cache, alors que seuls les deux derniers sont concernés par la procédure d'information du procureur du Roi prévue à l'article 20, § 3, de la L.S.S.I. et évoquée plus haut (*supra*, nos 9 à 11).

19. Par ailleurs, la cour d'appel de Liège a eu l'occasion de se prononcer sur l'interprétation à donner au second alinéa de l'article 21, § 2. En l'espèce, une société de construction et un architecte avaient découvert que des propos jugés calomnieux et injurieux à leur égard avaient été exprimés, sous pseudonymes, par plusieurs internautes sur le forum du site web de l'association Test-Achats. Par une ordonnance du 23 juin 2008, il est fait droit à la requête unilatérale introduite par la société lésée auprès du président du tribunal de commerce de Liège aux fins d'obtenir la production par Test Achats des informations en sa possession concernant l'identité, les coordonnées, les adresses TCP/IP et les logs des auteurs des messages postés sous pseudonymes. L'association Test-Achats est condamnée à produire les informations réclamées, dans les deux jours de la signification de l'ordonnance, sous peine d'une astreinte de 1.000 euros par jour de retard. Cette décision est réformée en degré d'appel.

De l'arrêt rendu par la cour d'appel de Liège le 22 octobre 2009 ³⁹, il ressort que l'article 21, § 2, alinéa 2, impose au prestataire de communiquer aux seules « autorités judiciaires et administratives compétentes » et « à leur demande » les informations dont ils disposent et qui sont « utiles à la recherche et à la constatation des infractions commises par leur intermédiaire ». Par conséquent, poursuit l'arrêt, la disposition en question « ne fonde aucun droit subjectif dans le chef d'une personne physique ou morale autre que lesdites autorités, à obtenir les informations en cause, que ce soit directement, par une injonction immédiate à l'égard du prestataire, ou encore indirectement, via une rétrocession des informations par l'autorité judiciaire ou administrative, procédure non prévue par cette disposition ». Dont acte.

38. L'article 21, § 2, de la L.S.S.I. a été modifié par l'article 59 de la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses, *M.B.*, 29 juillet 2005.

39. Liège (7^e ch.), 22 octobre 2009, *R.D.T.I.*, n° 38, mars 2010, p. 95 et note J. FELD.

SECTION 2

Applications jurisprudentielles et controverses

20. La jurisprudence de ces dernières années a révélé deux principales difficultés dans l'interprétation du dispositif relatif à la responsabilité des intermédiaires techniques :

- la première concerne l'avènement des services dits Web 2.0 et la question de savoir si le prestataire de tels services peut bénéficier de l'exonération de responsabilité – sous conditions – prévue pour l'activité d'hébergement ;
- la seconde concerne la portée des injonctions susceptibles d'être prononcées à l'encontre d'un intermédiaire en vue de prévenir ou faire cesser une violation, notamment d'un droit intellectuel.

C'est autour de ces deux questions fortement controversées que s'articulent nos commentaires de quelques affaires significatives dont ont eu à connaître les cours et tribunaux belges (et, le cas échéant, français).

A. Vers un hébergement 2.0 ?

21. Il faut se rappeler que la directive sur le commerce électronique a été adoptée en 2000. C'est, logiquement, en fonction du contexte de l'époque – c'est-à-dire avant l'avènement du Web 2.0 – qu'a été conçu le système de responsabilité. Les sites de première génération offraient des pages relativement statistiques, élaborées et mises en ligne par des initiés, généralement des professionnels de l'informatique ; l'approche 2.0 est plutôt axée sur l'interaction entre utilisateurs et leur contribution dynamique aux contenus. Qu'il s'agisse des réseaux sociaux, des sites de partage de contenus (photos, fichiers audio ou vidéo...), des blogs, des wikis ou des places de marché électroniques..., l'utilisateur joue désormais un rôle central dans le processus de création et de mise en ligne des contenus.

Comment dès lors apprécier la part de responsabilité qui incombe, respectivement, aux internautes, dont proviennent les contenus, aux intermédiaires techniques et aux titulaires des sites destinés à accueillir, en leur structure, les contenus en question ? Cette question renvoie à une autre, plus fondamentale : la notion d'hébergement couvre-t-elle seulement le stockage matériel de sites web ou également d'autres formes de stockage de contenus fournis par des tiers tels les messages postés dans un forum de discussion, les commentaires glissés dans un blog, les contributions apportées à un wiki, les annonces publiées sur une plateforme de commerce électronique, les vidéos téléchargées sur un site de partage... ?

Ces questions ont retenu notre attention dans une étude antérieure⁴⁰. Qu'il nous soit permis d'y renvoyer le lecteur et de nous borner ici à restituer les éléments essentiels du débat (1), avant d'illustrer le propos à travers les ombres et lumières de la jurisprudence (2).

1. Les éléments du débat

22. Le titulaire ou gestionnaire d'un blog, d'un wiki, d'un forum de discussion, d'un site de partage de contenus... n'est pas nécessairement celui qui héberge techniquement le site – entendez dans l'espace mémoire de ses machines. Il n'en stocke pas moins, à la demande des destinataires du service, des informations fournies par ceux-ci. On peut dès lors se demander s'il n'exerce pas une activité visée par l'article 14 de la directive (art. 20 de la L.S.S.I.) qui définit l'hébergement comme « un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service ». Le titulaire d'un service 2.0 pourrait-il bénéficier, à ce titre, de l'exonération de responsabilité prévue pour l'activité d'hébergement en ce qui concerne les contenus apportés par les internautes ?

23. Nous avons tenté de démontrer ailleurs qu'il était permis de répondre positivement à cette question⁴¹. D'emblée, une double objection s'impose à l'esprit.

Premièrement, le prestataire de service Web 2.0 exerce généralement plusieurs activités, parmi lesquelles le stockage d'informations apportées par les internautes : conception et gestion du site, mise au point de la structure, de l'interface organisationnelle et graphique, production et édition de contenus propres, etc. Dès lors, dira-t-on, l'activité du prestataire déborde largement du cadre du simple hébergement de données fournies par des tiers. Comment pourrait-il donc bénéficier de l'exonération accordée à cette activité ? On répondra que les auteurs de la directive sur le commerce électronique invitent à raisonner en termes fonctionnels et considèrent qu'un même acteur peut assumer plusieurs activités. « La distinction en ce qui concerne la responsabilité n'est pas fondée sur le type d'opérateur, mais sur le type d'activité exercée. Le fait qu'un prestataire remplit les conditions pour être exonéré de responsabilité pour une activité donnée ne l'exonère pas de sa responsabilité pour toutes ses autres activités »⁴². Aussi

40. E. MONTERO, « Les responsabilités liées au Web 2.0 », *R.D.T.I.*, n° 32, 2008, pp. 361-386.

41. *Ibid.*, spéc. pp. 364 à 377.

42. Voy. le Commentaire article par article de la Proposition de directive du Parlement et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur, présentée par la Commission le 18 novembre 1998, COM (1998), 586 final, p. 28, ainsi que le Premier rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application de la directive 2000/31 sur le commerce électronique, 21 novembre 2003, COM (2003) 702 final, p. 13.

n'est-on pas obligé de sacrifier à une vision binaire et de cantonner le prestataire dans un statut (hébergeur ou éditeur, par exemple), à l'exclusion de tout autre. Il est permis de considérer qu'un acteur peut bénéficier de l'exonération de responsabilité pour son activité consistant à stocker des contenus apportés par les tiers – au titre et aux conditions de l'article 14 de la directive 2000/31 (art. 20 de la L.S.S.I.) –, tout en ayant à assumer une responsabilité de droit commun pour ses autres activités.

Deuxièmement, l'hébergement au sens de l'article 14 de la directive 2000/31 ne s'entend-il pas d'une prestation purement technique consistant à louer des espaces mémoires pour le stockage de données et leur diffusion sur le réseau ? Dès lors que cette disposition institue un régime d'exception, n'est-il pas exclu qu'elle puisse couvrir, plus largement, le stockage de données provenant des internautes, celles-ci fussent-elles matériellement stockées chez un prestataire technique ? On est en droit de penser que les auteurs de la directive sur le commerce électronique ont surtout eu en vue une prestation technique, à défaut d'avoir vraiment anticipé les développements du Web 2.0. Néanmoins, il est des arguments en faveur d'une conception large de l'hébergement. Celle-ci peut s'autoriser de la *lettre* de l'article 14 de la directive (« service consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service »), sans besoin de solliciter excessivement le texte. Au demeurant, cette interprétation n'est contredite par aucun autre passage de la directive et paraît conforme à la logique du texte ⁴³.

24. En résumé, l'hébergement peut être regardé comme une notion polymorphe couvrant à la fois le stockage matériel ou direct de données et le stockage entendu comme activité consistant à offrir une structure permettant d'accueillir des données mises en ligne par les usagers de l'Internet ; par ailleurs, il est permis de penser que l'exemption de responsabilité – sous conditions – ne doit pas être refusée à un prestataire d'hébergement au motif qu'il fournit des services autres que le seul stockage de données fournies par des internautes.

2. Illustrations

a) Sites de partage de contenus

25. L'enjeu du débat évoqué ci-dessus est évidemment la possibilité pour le prestataire de service Web 2.0 d'échapper à toute responsabilité pour les contenus hébergés, au titre et aux conditions de l'article 14 de la directive

(art. 20 de la L.S.S.I.). Encore faut-il que l'activité pour laquelle il invoque le bénéfice de l'exonération ressortisse strictement à la fonction d'hébergement. À cet égard, deux arguments ont été invoqués pour dénier aux prestataires de service Web 2.0 la qualité d'hébergeur. On les retrouve surtout dans des affaires françaises relatives à des sites de partage de contenus.

26. *Primo*, il a été soutenu que dès l'instant où le prestataire 2.0 impose une structure de présentation ou intervient dans la mise en forme des contenus apportés par les tiers, il cesse d'être hébergeur pour se muer en éditeur. L'argument a eu l'oreille de plusieurs juridictions ⁴⁴, avant d'être heureusement rejeté par d'autres ⁴⁵. Il est rétorqué, en substance, qu'un prestataire d'hébergement est forcément amené à organiser/structurer les contenus qu'il stocke suivant divers critères de classement, ce qui ne lui confère pas un contrôle de type éditorial sur ceux-ci ⁴⁶.

27. *Secundo*, il a été tiré argument du modèle économique du prestataire pour lui dénier la qualité d'hébergeur et lui faire endosser une responsabilité éditoriale. La plupart des titulaires de sites de partage de contenus – entre autres – se rémunèrent, il est vrai, en offrant à des annonceurs des espaces publicitaires ; ainsi engrangent-ils des bénéfices d'autant plus juteux que la fréquentation du site est élevée, celle-ci étant directement liée aux contenus apportés. D'où l'idée qu'il ne saurait être question d'une activité de simple hébergement. Ce critère économique a été mobilisé et entendu dans plusieurs affaires ⁴⁷, avant d'être écarté, lui aussi, dans la jurisprudence ultérieure ⁴⁸. Il a été noté, avec raison, que rien dans la directive ou la loi n'interdit à un hébergeur de tirer profit de son site en vendant des espaces publicitaires, pourvu qu'il n'ait pas pris sur le contenu des fichiers postés par les internautes. Loin d'avoir réservé à des prestataires agissant à titre bénévole le bénéfice des exemptions de responsabilité, la directive sur le commerce électronique a prévu pour ces dernières certaines activités d'intermédiation

44. Voy., par ex., Trib. gr. inst. Paris (réf.), 22 juin 2007, *Lafesse c. Myspace*, www.legalis.net.

45. Trib. gr. inst. Paris (3^e ch.), 19 octobre 2007, *Zadig Production c. Google*, www.legalis.net ; Comm. Paris, 20 février 2008, *Flach Film c. Google*, www.legalis.net ; Trib. gr. inst. Paris (3^e ch.), 15 avril 2008, *Jean-Yves Lafesse c. Dailymotion*, www.legalis.net ; Trib. gr. inst. Paris (3^e ch.), 15 avril 2008, *Omar et Fred et autres c. Dailymotion*, www.legalis.net.

46. À ce sujet, voy. également le Rapport d'information n° 627 sur la mise en application de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, présenté le 16 avril 2008 par les députés M. Jean DIONIS DU SÉJOUR et Mme Corinne ERHEL, p. 16, www.assemblee-nationale.fr.

47. Voy., par ex., Paris (4^e ch., A), 7 juin 2006, *Tiscali Media c. Dargaud Lombard, Lucky Comics*, www.legalis.net ; Trib. gr. inst. Paris (réf.), 22 juin 2007, *Lafesse c. Myspace*, précité.

48. Trib. gr. inst. Paris (3^e ch.), 15 avril 2008, deux décisions, précitées.

43. Pour un développement, voy. notre étude « Les responsabilités liées au Web 2.0 », *op. cit.*, spéc. pp. 370-371.

qui répondent à la notion de « services de la société de l'information », entendus comme « des services fournis, *normalement contre rémunération*, à distance au moyen d'équipement électronique de traitement et de stockage des données, à la demande individuelle d'un destinataire de services »⁴⁹ ; par définition, de tels services « englobent un large éventail d'*activités économiques* qui ont lieu en ligne »⁵⁰. Faire droit à l'argument économique évoqué reviendrait à retenir un critère d'exclusion du bénéfice de l'exonération qui ne figure pas dans la directive. Il est à rappeler que le texte de l'article 14 ne prévoit qu'une seule exception, en son paragraphe 2, dont il résulte que « le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire ». Par conséquent, dans toutes les autres hypothèses, l'exonération de responsabilité prévue pour l'activité d'hébergement profite au prestataire si – et seulement si – les conditions du paragraphe 1^{er} de l'article 14 sont réunies.

b) Flux RSS

28. Un semblable débat – hébergement ou édition ? – a eu cours dans une série d'affaires (hexagonales également) concernant des sites agrégateurs de contenus importés d'une diversité de sources en ligne par le biais de flux RSS. Plusieurs décisions ont considéré que le fait de s'abonner à des flux RSS et de les agencer en différentes rubriques confère au titulaire du site la qualité d'éditeur.

29. Afin de pouvoir apprécier le bien-fondé cette jurisprudence, il importe de fournir une brève explication technique. Le terme RSS (*Really Simple Syndication*) désigne un standard basé sur le langage XML (*Extensible Markup Language*) et utilisé pour la syndication de contenus web. Le principe est simple. Si un titulaire de site ou de blog souhaite que ses lecteurs puissent être aisément tenus au courant de l'actualité de son site/blog, il lui suffit de publier un petit fichier dans un format particulier – RSS – qui contient la liste des nouvelles informations du site ou blog en question. Les flux sont généralement composés du titre des derniers articles publiés, des premiers mots ou d'un sommaire des articles et d'un hyperlien renvoyant vers le texte intégral de l'article. Ils sont modifiés automatiquement en fonction des mises à jour du site/blog (nouveaux articles mis en ligne, derniers bulletins de presse, messages récemment postés...). Leur présence est signalée par le logo ou bouton convenu sur la page d'accueil du site/blog. L'internaute a le loisir

de prendre connaissance d'un flux directement sur le site ou blog qui retient son intérêt ou de s'abonner, en principe gratuitement, au flux qui lui sera alors envoyé automatiquement lors de chaque mise à jour. Il peut également s'abonner aux flux de plusieurs sites/blogs. Différents lecteurs, appelés agrégateurs ou syndicateurs de flux (tels RSS Reader, Shrook, FeedReader, Mozilla Thunderbird...), et certains navigateurs web (Internet Explorer, Opera, Mozilla Firefox...) permettent de lire les flux RSS. Ainsi l'internaute peut-il suivre les mises à jour d'une diversité de sites/blogs, sans devoir se rendre sur chacun de ceux-ci⁵¹.

30. La syndication de contenus via la technique des flux RSS brouille particulièrement la frontière – déjà peu nette – entre l'hébergement et l'édition. En témoignent les décisions contrastées rendues dans l'affaire *Fuzz*. Par une ordonnance de référé du 26 mars 2008, le tribunal de grande instance de Paris a condamné le site Fuzz.fr pour avoir diffusé une nouvelle portant atteinte à la vie privée du comédien Olivier Martinez, assortie d'un hyperlien renvoyant vers l'article complet publié sur le site d'origine⁵². Une analyse erronée du fonctionnement du site du défendeur a conduit le tribunal à lui reconnaître la qualité d'éditeur : en renvoyant vers le site 'célébrités-stars...', en agençant diverses rubriques telle celle intitulée 'People' et en assortissant la brève litigieuse d'un titre indiscret, le titulaire du site Fuzz opère un choix éditorial, décidant seul des modalités d'organisation et de présentation du site. Comme il est relevé en degré d'appel, c'est en réalité l'internaute qui, utilisant les fonctionnalités du site, est allé sur le site source, y a sélectionné l'article litigieux, a rédigé le titre critiqué et a recopié l'hyperlien dans la rubrique 'People' du site Fuzz. Et la cour d'appel de Paris de préciser que « le fait pour la société [...] créatrice du site *www.fuzz.fr* de structurer et de classer les informations mises à la disposition du public selon un classement choisi par elle permettant de faciliter l'usage de son service entré dans la mission du prestataire de stockage et ne lui donne pas la qualité d'éditeur » dès lors [...] qu'elle ne détermine ni ne sélectionne les informations du site et « n'a enfin aucun moyen de vérifier le contenu des sites vers lesquels pointent les liens mis en ligne par les seuls internautes »⁵³. Aussi la cour d'appel a-t-elle infirmé l'ordonnance *a quo*, en considérant qu'en égard aux flux signalés par

49. Considérant n° 17 de la directive 2000/31 et références. Souligné par nous.

50. Considérant n° 18. Souligné par nous.

51. Pour d'autres considérations techniques, voy. Z. KARAMBIRI, « La notion de responsabilité éditoriale s'invite dans les flux RSS », note sous Trib. gr. inst. Paris (réf.), 15 décembre 2008, *R.D.T.I.*, n° 34, mars 2009, spéc. pp. 78-79.

52. Trib. gr. inst. Paris (réf.), 26 mars 2008, *Olivier M. c. Bloobox Net*, *www.legalis.net*.

53. Rapp. *supra*, n° 26 et les références.

les internautes, la responsabilité de la société créatrice du site Fuzz relève du seul régime applicable à l'activité d'hébergement⁵⁴.

Différent semble être le fonctionnement des sites lespipoles.com et dicodunet.com qui, abonnés tous deux au flux RSS publié par le site Gala.fr, avaient rediffusé une brève faisant état d'une supposée liaison entre le réalisateur du film *La Môme* et Sharon Stone, et renvoyant vers l'article complet sur le site d'origine, connu pour avoir été souvent condamné pour atteinte au respect de la vie privée. Assignés devant le tribunal de grande instance de Nanterre, les titulaires des deux sites agrégateurs revendiquaient l'exonération prévue pour l'activité d'hébergement, en faisant valoir que les contenus sont affichés systématiquement, automatiquement et régulièrement, mis à jour, sans la moindre décision de leur part et, partant, sans aucun contrôle éditorial. Dans deux ordonnances de référé du même jour, le tribunal rejeta cet argument, en considérant que « la partie défenderesse a donc bien, en s'abonnant audit flux et en l'agencant selon une disposition précise et préétablie, la qualité d'éditeur et doit en assumer les responsabilités, à raison des informations qui figurent sur son site »⁵⁵. Aussi les deux sites ont-ils été condamnés pour avoir rediffusé un fil RSS portant atteinte à la vie privée du réalisateur⁵⁶.

On rapprochera ces deux décisions de celle rendue par le tribunal de grande instance de Paris le 15 décembre 2008⁵⁷. Medhi K. gère un site à caractère pornographique, alimenté par le recours au balisage automatique de contenus importés d'autres sites, selon la technique des flux RSS. Autrement dit, son site rediffuse également des contenus provenant de diverses sources auxquelles il s'est abonné ; ainsi en va-t-il de photos d'une comédienne, accompagnées de commentaires désobligeants. Estimant que cette diffusion sans son autorisation de photos où elle apparaît nue viole son droit à l'image et que les commentaires sont diffamatoires à son égard, elle assigne en référé le gestionnaire du site aux fins de le voir condamné à retirer les photos et à réparer son préjudice moral. Ce dernier tente de faire valoir sa qualité d'hébergeur pour échapper à sa responsabilité. Le tribunal écarte cette qualification, en faisant remarquer que le défendeur reconnaît lui-même dans ses écritures que la

société 1&1 assure des prestations d'hébergement au bénéfice de son site, ce qui revient à exclure la possibilité qu'un même site puisse à la fois être hébergé (techniquement) et hébergeur en tant qu'il stocke des informations provenant de tiers (en l'occurrence les liens litigieux). L'observation n'est toutefois pas pertinente si l'on veut bien admettre que la notion d'hébergement ne s'entend pas seulement d'une prestation purement matérielle mais, plus largement, de toute forme de stockage de données à la demande d'un destinataire de service (*supra*, n° 23). Plus décisif est l'argument suivant lequel « la présence sur le site litigieux des images de Claire K., au milieu de contenus similaires, résulte donc d'un choix éditorial affirmé dès la page d'accueil du site et consistant à mettre en ligne des vidéos [à caractère pornographique] ».

31. Que retenir de ces différentes décisions ? On observera, tout d'abord, que toutes reconnaissent que les sites ne créent pas un contenu propre, se contentant d'agréger diverses sources d'information sur l'Internet, diffusées par des éditeurs de contenus sous forme de flux RSS. Il est apparu toutefois que les différents sites litigieux ne présentaient pas le même mode de fonctionnement.

Dans l'affaire *Fuzz*, le site – parfois appelé *digg-like* – se borne à offrir une structure permettant d'accueillir des flux postés par les internautes. Conformément à l'approche duale suggérée plus haut (*supra*, n° 23), il est dès lors permis de considérer qu'en ce qui concerne les informations signalées par les internautes, le prestataire bénéficie de l'exonération de responsabilité prévue pour l'activité d'hébergement. Ceci n'exclut pas qu'il puisse être assigné, sur la base du droit commun, en sa qualité de concepteur et gestionnaire du site, et éventuellement jugé fautif pour avoir créé une rubrique « people » incitant les internautes à poster des articles dont il était permis de supposer qu'ils risquaient de porter atteinte à la vie privée de célébrités.

Dans les autres affaires, les différentes décisions soulignent le choix éditorial opéré par les titulaires des sites et leur contribution délibérée à la diffusion de contenus illicites. Certes, le prestataire n'a pas directement voulu diffuser le contenu litigieux mais il a délibérément choisi de s'abonner à des flux édités par des sites sélectionnés en fonction d'une ligne éditoriale déterminée. On peine dès lors à le regarder comme un prestataire qui se borne à offrir un service consistant à stocker, à la demande d'un destinataire du service, des informations fournies par ce dernier⁵⁸. Dans les cas où l'exonération prévue pour l'activité d'hébergement ne peut être invoquée, il ne s'ensuit pas que le pres-

54. Paris (14^e ch.), B), 21 novembre 2008, *Bloobox Net c. Olivier M.*, www.legalis.net.

55. Trib. gr. inst. Nanterre (réf.), 28 février 2008, *Olivier D. c. Eric D.*, www.legalis.net ; Trib. gr. inst. Nanterre (réf.), 28 février 2008, *Olivier D. c. Aadsoft Com*, www.legalis.net.

56. Pour un bref commentaire approuvé des décisions évoquées, voy. M. LECARDONNEL, « Quand le Web 2.0 rencontre le droit au respect de la vie privée. Au sujet des affaires Fuzz, Dicodunet et Lespipoles », *Expertises*, mai 2008, pp. 182-183.

57. Trib. gr. inst. Paris (réf.), 15 décembre 2008, www.legalis.net, *R.D.T.I.*, n° 34, mars 2009, p. 73, note Z. KARAMBIRI.

58. Souligné par nous. Lire attentivement le libellé de l'article 14, § 1^{er}, de la directive (art. 20, § 1^{er}, de la L.S.S.I.).

tataire soit automatiquement responsable. On rappelle qu'une faute doit encore être démontrée dans son chef. À cet égard, il est imaginable qu'aucune faute ne puisse lui être reprochée pour s'être abonné à un flux édité par un site dont il pouvait raisonnablement croire en la parfaite fiabilité.

On relèvera, plus fondamentalement, que le dilemme « hébergeur ou éditeur » représente un faux débat. La vraie question est de savoir, en toute hypothèse, si le prestataire exerce, oui ou non, une activité lui permettant de bénéficier d'une exonération de responsabilité. En cas de réponse négative, il est susceptible d'engager sa responsabilité aux conditions du droit commun. À cet égard, sa qualification comme éditeur ne semble pas importer outre mesure.

Ces considérations trouvent encore à s'illustrer à travers la jurisprudence relative aux places de marché électroniques.

c) Places de marché électroniques

32. La jurisprudence belge se signale par deux décisions exemplaires rendues en matière de places de marché électroniques.

Nous avons déjà eu l'occasion de commenter ailleurs le jugement prononcé le 31 juillet 2008, par le tribunal de commerce de Bruxelles, dans l'affaire *Lancôme* contre *eBay*⁵⁹. Les faits se résument à ceci : ayant constaté l'affichage d'offres de vente illicites sur le site géré par *eBay*, la société *Lancôme* reproche au célèbre site de vente aux enchères de ne pas prendre des mesures efficaces pour lutter contre la contrefaçon de ses parfums et l'assigne en justice. La société *eBay* fait valoir sa qualité d'hébergeur eu égard aux annonces postées sur son site par les internautes. Ce statut, soutient-elle, l'exempte de toute responsabilité quant au contenu des offres de vente et empêche de lui imposer une obligation générale de surveillance. De son côté, *Lancôme* expose qu'*eBay* ne peut se voir reconnaître le statut d'hébergeur dès lors que l'ensemble des services fournis dépasse largement le cadre d'un simple stockage de données pour le compte de tiers. Conformément à l'approche précédemment exposée (*supra*, n° 23), le tribunal adopte une « qualification mixte » consistant à distinguer le régime de responsabilité applicable en fonction de la nature de l'activité litigieuse. Aussi admet-il qu'en ce qui concerne les annonces d'offres de vente postées sur son site par des tiers, *eBay* profite de l'exonération de responsabilité prévue au titre et aux conditions de l'article 14 de la directive (art. 20 de la L.S.S.I.), tout en ayant à

répondre à l'aune du droit commun d'éventuelles fautes constatées dans le cadre des autres services proposés (lesquels ne sont cependant pas critiqués par *Lancôme*).

Le tribunal précise encore, à juste titre, que, conformément à l'article 15 de la directive sur le commerce électronique (art. 21 de la L.S.S.I.), *eBay* ne doit assumer « aucune obligation de surveiller les informations qu'elle héberge, ni aucune obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites ». Il n'est dès lors pas fait droit à la demande formulée par *Lancôme* tendant à faire interdire à *eBay* de laisser s'afficher sur son site divers types d'annonces, ce qui supposerait une surveillance qui ne peut lui être imposée⁶⁰.

33. Le 2 juin 2009, une autre chambre du même tribunal de commerce de Bruxelles a rendu un jugement de la même veine dans une autre affaire concernant *eBay*⁶¹. Séduit par une annonce relative à une Porsche Turbo publiée sur *eBay*, le demandeur contacte le vendeur américain et, comme convenu, procède au paiement via un tiers de confiance, « Triple Deal ». On imagine la suite : le véhicule n'est jamais livré et les fonds versés ne seront jamais récupérés, ayant été encaissés immédiatement par un escroc impossible à identifier.

Les parties s'accordent pour considérer que le véhicule a été offert en vente dans le cadre du service « Annonce classique » d'*eBay* et que la société n'est jamais partie aux conventions. Le demandeur fait valoir qu'un contrat de service – de courtage en ligne – s'était noué entre les parties et reproche à *eBay* plusieurs manquements contractuels et professionnels, parmi lesquels une méconnaissance de son devoir d'information et de conseil. Selon lui, *eBay* ne se contente pas de mettre vendeurs et acheteurs potentiels en relation, elle offre également à ces derniers, moyennant paiement, tous les outils nécessaires à la promotion d'objets divers et à la négociation de contrats. Il en conclut qu'*eBay* n'exerce pas uniquement un rôle d'hébergeur consistant à stocker les informations mises en ligne par les utilisateurs de son site. Sans surprise, *eBay* soutient, au contraire, que son service « Annonce classique » relève du simple hébergement au sens de l'article 20, § 1^{er}, de la L.S.S.I. C'est cette dernière thèse qui est retenue par le tribunal : *eBay* « n'effectue aucune tâche de prospection active d'une contrepartie pour les utilisateurs de sa

59. E. MONTERO, « Sites de vente aux enchères et offres de vente illicites », note sous *Comin*, Bruxelles (7^e ch.), 31 juillet 2008, *R.D.T.I.*, n° 33, 2008, pp. 528-533.

60. Pour d'autres commentaires, voy. notre note « Sites de vente aux enchères et offres de vente illicites », précitée et C. DE PRETER, « Une salutation au jugement *Lancôme/eBay*, la visière levée », *I.R.D.I.*, 2008, pp. 253-255.

61. *Comm. Bruxelles* (15^e ch.), 2 juin 2009, R.G. A/08/02054, inédit.

plateforme (...), son rôle « se limit[ant] en effet au stockage d'annonces et à la fourniture d'un moyen de rencontre entre utilisateurs de son site, sans que cette prestation s'accompagne de la recherche d'un éventuel contractant, pourtant caractéristique du contrat de courtage ».

34. Ces décisions sont d'autant plus remarquables qu'elles prennent le contrepied de plusieurs jugements rendus en France à propos d'eBay⁶². Au contraire de son homologue belge, le tribunal de commerce de Paris avait précisément refusé de prendre acte de la nature composite du site de vente aux enchères et considéré qu'en sa qualité de courtier, celui-ci ne pouvait revendiquer le bénéfice de l'exemption de responsabilité prévue pour l'activité d'hébergement et était donc soumis au droit commun pour l'ensemble de ses activités, sans distinction. Depuis lors, il est vrai, la jurisprudence française a opéré un revirement décisif, par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 6 mai 2009⁶³, et ne prive plus le prestataire d'hébergement du bénéfice de l'exonération prévue pour cette activité au seul motif qu'il offre divers services en sus du stockage de données fournies par des tiers⁶⁴.

d) Blogs et forums de discussion

35. On retrouve la notion d'hébergement, et les controverses qui entourent celle-ci, dans le contentieux relatif aux blogs et forums de discussion. Par-delà leurs particularités propres, ces deux types d'espaces d'échanges sur l'Internet ont en commun de permettre aux internautes de poster des messages qui demeurent généralement accessibles à tous. Cette possibilité est de l'essence des forums de discussion, ouverts à un public plus ou moins large ; les titulaires des blogs cherchent pareillement à favoriser une interaction avec leurs utilisateurs en leur permettant de poster des « commentaires »⁶⁵.

Il arrive que les contenus ainsi mis en ligne portent atteinte à la vie privée, à l'honneur ou à la réputation des tiers concernés, enfreignent des droits de propriété intellectuelle, ou encore présentent un caractère raciste, xénophobe, révisionniste... Vu la diversité des intervenants impliqués dans les blogs et forums, se pose, ici aussi, la question de l'imputabilité de la responsabilité liée

aux contenus illicites. Une analyse complète de cette question excéderait naturellement les limites de cette contribution. Notre propos se focalise sur le rôle et les responsabilités assumés par les prestataires intermédiaires, sans trop distinguer blogs et forums⁶⁶.

36. Qui souhaite disposer d'un blog doit faire appel à un prestataire qui possède l'infrastructure technique et les outils logiciels nécessaires à la création et à l'hébergement du blog⁶⁷. Quel est le statut de ce prestataire vis-à-vis des blogs ? Conformément à l'analyse prônée et illustrée au long de la présente étude, nous tenons qu'il convient, ici aussi, de procéder à une qualification mixte conduisant à distinguer le régime de responsabilité application en fonction de la nature de l'activité litigieuse. Ainsi le prestataire assumera-t-il une responsabilité fondée sur le droit commun en tant que créateur ou gestionnaire de la plateforme (par exemple s'il a conçu des rubriques de classement invitant clairement à la création de blogs sur des thèmes illicites), mais aussi en ce qui concerne les informations dont il est lui-même auteur ou éditeur. Par contre, le service consistant à offrir un espace de stockage pour des blogs créés et alimentés par des tiers peut être regardé comme une activité d'hébergement. En effet, le titulaire de la plateforme n'agit en aucune manière sur le contenu des blogs. Ceux-ci se voient d'ailleurs attribuer une adresse URL distincte de celle du site sur lequel ils sont hébergés⁶⁸. Par conséquent, aux conditions de l'article 14 de la directive (art. 20 de la L.S.S.I.), le prestataire ne sera pas responsable des informations postées par les titulaires des blogs et les commentateurs. Ce régime de faveur ne trouvera pas à s'appliquer seulement dans deux situations : d'une part, si le prestataire n'agit pas promptement pour retirer ou bloquer l'accès à une information qui lui est signalée comme illicite, d'autre part lorsque le destinataire du service a agi sous le contrôle ou l'autorité du prestataire⁶⁹. D'ordinaire, l'existence d'un

62. Conjon. Paris (1^{re} ch., B), 30 juin 2008, *Louis Vuitton Malletier c. eBay*, www.legalis.net ; Comm. Paris (1^{re} ch., B), 30 juin 2008, *Christian Dior Couture c. eBay*, www.legalis.net ; Comm. Paris (1^{re} ch., B), 30 juin 2008, *Parfums Christian Dior, Kenzo, Givenchy et Guerlain c. eBay*, www.legalis.net.

63. Paris (4^e ch., A), 6 mai 2009, *Dailymotion c. Nord Ouest Production et autres*, réformant partiellement Trib. gr. inst. Paris (3^e ch.), 13 juillet 2007, décisions disponibles sur www.legalis.net.

64. Voy., par ex., Trib. gr. inst. Paris (3^e ch.), 13 mai 2009, *L'Oréal et al. c. eBay*, disponible sur www.legalis.net.

65. Pour une approche interdisciplinaire du phénomène des blogs, voy. A. KLEIN (dir.), *Objets Blogs ! Explorations dynamiques de la blogosphère*, Paris, L'Harmattan, 2007.

66. Pour un approfondissement, voy., parmi d'autres, les études récentes de Z. KARAMBIRI. « Les responsabilités liées aux contenus postés dans les blogs », *R.D.T.I.*, n° 36, 2009, pp. 29-61 et J. FELD, « Forums de discussion : espaces de libertés sous haute responsabilité », note sous Liège (7^e ch.), 22 octobre 2009 et Bruxelles (9^e ch.), 25 novembre 2009, *R.D.T.I.*, n° 38, 2010, pp. 106-120.

67. Un forum de discussion s'insère pareillement dans l'architecture d'un site web. *Mutatis mutandis*, l'analyse proposée au texte peut être étendue aux forums.

68. Cf. Z. KARAMBIRI, *op. cit.*, p. 34.

69. Pour une illustration, Trib. gr. inst. Paris, 13 octobre 2008, disponible sur www.legalis.net : le titulaire d'un blog hébergé sur le site de la société « 20 minutes France » avait diffusé des informations jugées diffamatoires par les personnes visées. Ces dernières assignent à la fois le titulaire du blog et le titulaire de la plateforme d'hébergement. Le délit de diffamation est considéré établi mais la société « 20 Minutes France » est mise hors de cause au motif qu'elle « a la qualité d'hébergeur de ce blog dont le contenu ne résulte d'aucun choix éditorial de sa part et sur lequel elle n'effectue aucun contrôle a priori ou a posteriori... ».

système de filtrage destiné à bloquer certains contenus bien spécifiques telles les images pornographiques, ne devrait pas suffire à conférer à la plateforme le statut d'éditeur (tant qu'elle ne procède pas à un contrôle systématique et à la sélection des contenus éligibles à la publication et de ceux qui ne le sont pas)⁷⁰.

37. La responsabilité du titulaire du blog/forum peut être appréciée suivant le même schéma de raisonnement. Eu égard à ses propres contributions, il assume indiscutablement une responsabilité de droit commun. Ainsi devrait-il répondre d'un billet diffamatoire ou d'un contenu vidéo/audio contrefaisant qu'il aurait posté dans son blog/forum⁷¹. En revanche, il n'est pas à l'origine des commentaires (messages) postés par les tiers dans son blog (forum), se contentant de les stocker à la demande de ces derniers. Dans ces conditions, il devrait pouvoir bénéficier de l'exonération de responsabilité prévue pour l'activité d'hébergement. Cela étant, on perçoit confusément qu'il y a lieu d'affiner l'analyse. Comment tenir que le titulaire du blog/forum se borne à stocker les commentaires postés par les tiers alors qu'il est loin de se tenir dans un rôle purement passif ? Au minimum, il ouvre et oriente en quelque sorte le débat à travers les thèmes proposés sur son blog/forum ; au-delà, il est permis d'estimer qu'à travers ses propres billets, il a influencé voire provoqué les réactions inopportunes, suscité les commentaires inadéquats ou incité les internautes à livrer des contributions illicites. Dans ces circonstances, on admettra difficilement qu'il invoque l'absence d'obligation générale de surveillance et se retranche derrière le régime d'exonération de responsabilité prévu pour l'activité d'hébergement. Il pourra souvent être soutenu que le titulaire du blog/blog a nécessairement eu connaissance des

messages chaque fois qu'il s'est impliqué activement dans une discussion, suscitant lui-même des contributions et réagissant, à son tour, aux commentaires postés. Un auteur est même d'avis que « le titulaire du blog est un type d'hébergeur dont la connaissance des activités illicites est présumée de sorte qu'il n'est pas fondé à attendre une notification avant d'agir pour contrecarrer les contenus illicites »⁷².

À cet égard, il faut faire au moins une allusion au difficile débat concernant la modération *a priori* ou *a posteriori* à laquelle procède parfois le titulaire d'un forum de discussion, voire d'un blog, et son incidence sur la responsabilité de ce dernier⁷³. On ne s'engagera pas volontiers dans la voie, empruntée par une certaine jurisprudence française⁷⁴, consistant à distinguer le régime de responsabilité du titulaire d'un forum ou blog suivant que celui-ci fasse l'objet d'une modération *a priori* ou non. Il serait pour le moins paradoxal de se montrer rigoureux à l'égard du titulaire qui s'efforce à prévenir la publication de contenus illicites, en assimilant cette modération *a priori* à un contrôle éditorial, et, au contraire, indulgent à l'égard de celui qui s'abstient de toute forme de modération⁷⁵. Plus pertinent semble être le critère de distinction fondé sur l'objet et la portée du contrôle exercé sur les messages ou commentaires postés par les tiers. Ainsi, par exemple, si le titulaire exerce un contrôle sommaire et « neutre », c'est-à-dire limité à la suppression des contenus manifestement illicites ou sans rapport avec le thème du forum/blog, on répugnera à le priver du régime favorable de l'hébergeur ; à l'inverse, s'il est question d'un tri sélectif des commentaires, notamment eu égard aux opinions exprimées, on y verra plus volontiers une forme de contrôle éditorial⁷⁶. Quoi qu'il en soit, il est certain qu'en toutes hypothèses, la responsabilité liée aux commentaires illicites postés par des tiers dans un forum ou un blog incombe au premier chef à leurs auteurs⁷⁷.

70. Pour une illustration, Paris (14^e ch. A), 12 décembre 2007, *Google Inc c. Benetton, Bencom*, disponible sur www.legalis.net : le fait que la plateforme Blogger « offre aux créateurs de blogs une fonctionnalité d'installation et de présentation ou un système de protection contre des commentaires indésirables ne démontre pas sa qualité d'éditeur du contenu de ces blogs... ». Sa responsabilité fut néanmoins retenue pour n'avoir pas bloqué un contenu signalé comme illicite ; pour une juste critique de cette décision, Z. KARAMBIRI, *op. cit.*, pp. 45-46. Rappelons qu'en droit belge, il y a lieu de tenir compte de la procédure particulière prévue par l'article 20, § 3, de la L.S.S.I. (*supra*, nos 9 et 10).

71. Pour des illustrations, Paris (11^e ch. A), 6 juin 2007, *Mairie de Puteaux c. Christophe G.*, confirmant Trib. gr. inst. Paris (17^e ch.), 17 mars 2006, décisions disponibles sur www.legalis.net (en l'espèce, un journaliste avait critiqué sur son blog les conditions d'attribution d'un marché public par la commune de Puteaux, mais il est estimé que ses propos n'ont pas excédé les limites de la liberté d'expression) ; Trib. gr. inst. Paris (17^e ch.), 16 octobre 2006, *Nissan Europe et autres c. Stéphanie G.*, disponible sur www.legalis.net (suite à son licenciement au retour d'un congé parental, une employée de la société Nissan crée un blog où elle dénonce la discrimination dont elle s'estime victime ; en tant qu'ils généralisent sans preuve suffisante cette pratique dans l'entreprise, ses propos sont jugés diffamatoires).

72. Z. KARAMBIRI, *op. cit.*, p. 56.

73. Comme on le verra dans l'affaire exposée ci-après (*infra*, n° 38), le modérateur n'est pas nécessairement le titulaire du blog ou du forum. Il peut s'agir d'une tierce personne désignée par lui. Qui plus est, le titulaire du site, le gestionnaire du forum de discussion et le modérateur peuvent être une seule et même personne ou des personnes différentes.

74. Voy., par ex., Trib. gr. inst. Lyon (14^e ch., corr), 21 juillet 2005, *Groupe Mace c. Gilbert D.*, disponible sur www.legalis.net.

75. En ce sens, Z. KARAMBIRI, *op. cit.*, p. 59.

76. Pour un développement plus ample, voy., notamment, *ibid.*, p. 57 et s. ; J. FELD, *op. cit.*, p. 117 et s. ; A. SAINT MARTIN, « Application du statut d'hébergeur à l'exploitant d'un forum modéré *a posteriori* », note sous Versailles, 12 décembre 2007, *R.L.D.I.*, n° 34, 2008, p. 45 ; F. DE PATOUL, « La responsabilité des intermédiaires sur Internet : les plates-formes de mise en relation, les forums et les blogs », *R.D.T.I.*, n° 27, 2007, pp. 91 et s.

77. Pour une illustration, Corr. Arras, 20 janvier 2006, disponible sur www.forumInternet.org (condamnation de l'auteur d'un blog et d'un commentateur pour avoir publié sur ledit blog des propos diffamatoires et outrageants à l'égard du maire d'Arras, de policiers et d'un juge).

38. L'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 25 novembre 2009 vient à point pour illustrer et récapituler l'ensemble du propos⁷⁸. Au cours du mois de janvier 2004, divers messages concernant une professeure de droit et une de ses assistantes sont postés sur le forum de discussion créé au sein du site web géré par une association étudiante. Les enseignantes visées déposent plainte avec constitution de partie civile contre X du chef d'injures, calomnie, diffamation et incitation à la discrimination. La procédure se solde par une ordonnance de non-lieu. Elles renoncent alors à mettre en cause les auteurs des messages litigieux et, en degré d'appel, recherchent uniquement la responsabilité de D. qui s'était lui-même présenté comme le responsable technique du site et le modérateur du forum de discussion. Deux considérations conduisent la cour à exclure que D. puisse bénéficier du régime de faveur accordé par l'article 20 de la L.S.S.I. D'une part, elle tire argument de la circonstance que l'hébergement du site est fourni par la s.a.r.l. SIVIT. Or, avons-nous déjà souligné, à la lumière d'une doctrine et d'une jurisprudence significative, peut être qualifié d'hébergeur, non seulement le prestataire qui stocke matériellement un site, mais aussi tout qui, à la demande d'un destinataire du service, stocke des données fournies par lui, pourvu naturellement que ce dernier n'agisse pas sous l'autorité ou le contrôle du prestataire ; autrement dit, il ne saurait être question de simple hébergement si le prestataire détermine les contenus. Par conséquent, le fait que la s.a.r.l. SIVIT soit reconnue comme hébergeur (technique) ne suffit pas pour exclure de ce statut tout autre intervenant⁷⁹. D'autre part, se référant à un arrêt rendu par la Cour de cassation en 2004⁸⁰, la cour d'appel de Bruxelles tient que le régime de faveur prévu par l'article 20 de la L.S.S.I. est réservé au prestataire dont l'activité « revêt un caractère purement technique, automatique et passif, ce qui implique que l'intermédiaire ne connaît pas et n'exerce pas de contrôle sur l'information qui est transmise ou stockée ». Or, ainsi qu'il a été souligné par plusieurs auteurs⁸¹, cette conception restrictive était manifestement inspirée du considérant n° 42 de la directive 2000/31, destiné à expliciter le régime applicable aux activités de « simple transport »⁸² et non celui relatif à

78. Bruxelles (9^e ch.), 25 novembre 2009, précité.

79. Dans le même sens, J. FELD, *op. cit.*, p. 110.

80. Cass. (2^e ch.), 3 février 2004, *R.V. c. ministre public*, *Arr. Cass.*, 2004/2, p. 169, *Pas.*, 2004, p. 200, *A.M.*, 2005/3, p. 259, *Computerr.*, 2004/5, p. 242, *R.D.T.I.*, n° 19, 2004, p. 51, note F. DE PATOUL et I. VEREECKEN.

81. F. DE PATOUL et I. VEREECKEN, « La responsabilité des intermédiaires de l'Internet : première application de la loi belge », note sous Cass., 3 février 2004, *R.D.T.I.*, n° 19, 2004, p. 56 ; E. MONTERO, « Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008) – Droit du commerce électronique », *R.D.T.I.*, n° 35, 2009, p. 22, n° 16.

82. À savoir, la transmission de données sur un réseau de communication et la fourniture d'accès à un tel réseau. Art. 12 de la directive et art. 18 de la L.S.S.I.

l'activité d'hébergement⁸³. Un récent arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (C.J.U.E.) conforte, il est vrai, l'interprétation prônée par notre Cour de cassation (*infra*, n° 40).

En définitive, la responsabilité du modérateur est appréciée au regard du droit commun (art. 1382 C. civ.). Selon les termes de l'arrêt, « le modérateur d'un forum a pour mission de contrôler son contenu, et de supprimer les messages qu'il estimerait au cas par cas dépasser les limites de la modération, et donc qui, selon sa propre appréciation, seraient diffamatoires, compte tenu du public cible du forum et de la personnalité des personnes impliquées ». À l'aune des critères ainsi fixés, la Cour conclut à l'absence de toute faute dans le chef du modérateur. Aux yeux des juges, en effet, le forum étant fréquenté par des étudiants s'adressant à d'autres étudiants de la même faculté, la verdeur du vocabulaire employé n'est pas surprenante, *a fortiori* lorsque ceux-ci sont en période de blocus ou d'examens. Quant au visiteur étranger à la faculté concernée, il ne peut raisonnablement pas prendre pour argent comptant les propos échangés sur ce lieu de discussion virtuel, lesquels sont comparables à ceux échangés dans un cercle d'étudiants ou un café. Les personnes visées par les propos, quant à elles, ne pouvaient ignorer que leur fonction les exposait à la critique et à la raillerie des étudiants, particulièrement en période d'examens. Par ailleurs, il n'est pas établi que les propos critiqués relèvent d'une volonté de nuire ; ils se veulent plutôt humoristiques. Compte tenu de ces éléments, estime la Cour, le défendeur a pu considérer à l'époque, sans commettre de faute, que les propos incriminés ne justifiaient pas une intervention de sa part.

e) Services de référencement

39. Un arrêt rendu le 23 mars 2010 par la grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne ne manquera pas d'exercer une influence décisive sur la notion d'hébergement au sens de l'article 14 de la directive 2000/31. Il est dès lors impossible de le passer sous silence.

Au centre des trois affaires qui ont amené la Cour de cassation de France à poser plusieurs questions préjudicielles à la C.J.U.E.⁸⁴, se trouve le fameux système d'annonces publicitaires « AdWords » de Google. Il est bien connu qu'en saisissant un mot clé sur le célèbre moteur de recherche, l'on obtient une liste d'hyperliens renvoyant vers des sources pertinentes, classées en ordre

83. Art. 14 de la directive et art. 20 de la L.S.S.I.

84. Cass. fr. (com), 20 mai 2008, trois arrêts, *Google c. Viatium*, *Luteciel* ; *Google c. Louis Vuitton Malletier* ; *Google c. CNRRH* et autres.

décroissant d'intérêt. En sus des résultats « naturels » ainsi obtenus, Google permet de bénéficier d'un meilleur positionnement grâce à son système de référencement payant « AdWords ». Ledit système permet, moyennant un paiement et la sélection de mots clés, l'affichage – dans un cadre distinct, sous l'intitulé « liens commerciaux » – d'un hyperlien promotionnel vers le site de l'annonceur, en réponse à la saisie de ces mots clés par des internautes. Google est rémunéré au prorata du nombre de clics effectués par les usagers de l'Internet sur l'hyperlien joint au bref message commercial des annonces. C'est grâce à ces recettes générées par Adwords que Google finance son moteur de recherche et d'autres services offerts gracieusement aux internautes.

Les systèmes de publicité tels qu'AdWords suscitent des controverses autour de la légalité de la sélection de mots clés correspondant à des marques. Nombre de litiges ont été portés en justice dans divers États membres. Dans les trois affaires évoquées, il était reproché à Google d'avoir commis des actes de contrefaçon en proposant des mots clés identiques à des marques protégées, sans le consentement des titulaires de celles-ci. En effet, il était apparu que la saisie par les internautes, sur le moteur de recherche de Google, des mots représentant les marques détenues par les demandeurs entraînait l'affichage, sous la rubrique « liens commerciaux », de liens vers des sites proposant des contrefaçons ou des sites de concurrents. C'est dans ce contexte que la C.J.U.E. a été invitée à se pencher sur le système AdWords et à répondre à trois questions préjudicielles. L'arrêt était surtout attendu sur les délicates questions de droit des marques posées par AdWords. Les développements et réponses y relatifs ne retiendront toutefois pas notre attention⁸⁵. Contentons-nous de relever que la C.J.U.E. a dit pour droit que « le prestataire d'un service de référencement sur Internet qui stocke en tant que mot clé un signe identique à une marque et organise l'affichage d'annonces à partir de celui-ci ne fait pas usage de ce signe [au sens des textes communautaires] »⁸⁶. En revanche, toujours selon la même haute Cour, l'annonceur peut se voir interdire de faire de la publicité pour des produits ou des services, à partir d'un mot-clé identique à une marque, « lorsque ladite publicité ne permet pas ou permet seulement difficilement à l'internaute moyen de savoir si les produits ou les

services visés par l'annonce proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celui-ci ou, au contraire, d'un tiers ».

40. Plus directement intéressante pour notre propos est la question de savoir si un service de référencement payant sur l'Internet peut être considéré comme un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par l'annonceur, au sens de l'article 14 de la directive sur le commerce électronique, de sorte que la responsabilité du prestataire ne peut être recherchée avant qu'il n'ait été informé par le titulaire de la marque concernée de l'usage illicite de celle-ci par l'annonceur. La Cour admet que le service de référencement payant de Google constitue un service de la société de l'information et une activité d'hébergement. Toutefois, elle n'en reste pas là et ajoute une condition au régime dérogatoire de l'article 14 de la directive 2000/31. Faisant référence au considérant n° 42 de la directive en question, à l'instar de la Cour de cassation belge (*supra*, n° 38), la C.J.U.E. considère qu'il y a lieu d'examiner « si le rôle exercé par ledit prestataire est neutre, en ce que son comportement est purement technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke »⁸⁷.

S'agissant du service de référencement AdWords, la Cour est d'avis que « Google procède, à l'aide des logiciels qu'elle a développés, à un traitement des données introduites par des annonceurs et qu'il en résulte un affichage des annonces sous des conditions dont Google a la maîtrise. Ainsi, Google détermine l'ordre d'affichage en fonction, notamment, de la rémunération payée par les annonceurs »⁸⁸. Toutefois, poursuit la Cour, contrairement à l'avis exprimé dans ses conclusions par l'Avocat général Poires Maduro, la seule circonstance que le service de référencement soit payant ou que les modalités de rémunération soient fixées par Google ne saurait avoir pour effet de priver celle-ci du bénéfice de l'exonération de responsabilité prévue pour l'activité d'hébergement⁸⁹. Par ailleurs⁹⁰, estime encore la Cour, il n'est pas permis de déduire de la seule concordance entre le mot sélectionné et le terme de recherche introduit par un internaute que Google a une connaissance ou un contrôle des données introduites dans son système par les annonceurs et mises en mémoire sur son serveur. Au contraire, poursuit-elle, pour apprécier la passivité du prestataire de service de référencement, il est pertinent de prendre en considération son rôle dans le choix des mots clés ou dans la rédaction

85. À ce sujet, voy., parmi d'autres, C. CASTETS-RENARD, « Système Adwords : Google n'est ni contrefacteur ni complice d'actes de contrefaçon », *R.L.D.I.*, n° 61, juin 2010, n° 1999 et R. HARDOUIN, « Du copulatif au passif ou comment la conjonction 'et' ajoute une condition pour jouir du régime de l'hébergeur », *R.L.D.I.*, n° 61, juin 2010, n° 2009, également disponible sur www.juriscom.net.

86. Article 5, §§ 1^{er} et 2, de la directive 89/104/CEE du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques ou article 9, § 1^{er}, du règlement (CE) n° 40/94 du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire.

87. Cf. §§ 112 et 113.

88. Cf. § 115.

89. Rapp. *supra*, n° 27.

90. Cf. §§ 117 et s.

des messages commerciaux assortissant les hyperliens promotionnels. En l'espèce, la C.J.U.E. ne se prononce pas sur la responsabilité de Google, estimant la juridiction nationale mieux à même de connaître les modalités concrètes de la fourniture du service et donc d'apprécier si le prestataire de service de référencement payant joue un rôle actif ou non vis-à-vis des données stockées. Sa conclusion n'en est pas moins fondamentale : « l'article 14 [de la directive 2000/31] doit être interprété en ce sens que la règle y énoncée s'applique au prestataire d'un service de référencement sur Internet lorsque ce prestataire n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées. S'il n'a pas joué un tel rôle, ledit prestataire ne peut être tenu pour responsable pour les données qu'il a stockées à la demande d'un annonceur à moins que, ayant pris connaissance du caractère illicite de ces données ou d'activités de cet annonceur, il n'ait pas promptement retiré ou rendu inaccessible lesdites données ».

Le pouvoir d'interprétation des directives européennes appartient en dernière instance à la C.J.U.E. C'est dire l'importance de l'arrêt du 23 mars 2010, notamment en ce qu'il admet d'appliquer le régime de l'article 14 de la directive 2000/31 au prestataire d'un service de référencement, pourvu qu'il ne joue pas un rôle actif lui procurant une connaissance ou un contrôle des données stockées. La condition ainsi explicitée se comprend⁹¹ ; elle était d'ailleurs déjà présente en filigrane dans la jurisprudence relative aux services Web 2.0 (*supra*, spéc. nos 31 et 37). De toute évidence, cette condition de « passivité » engendrera des incertitudes, déjà épinglées par la doctrine⁹², et nourrira de nouvelles controverses, qui auront un impact non négligeable sur la responsabilité des prestataires de services Web 2.0.

B. Quelles injonctions peuvent être prononcées à l'encontre des intermédiaires ?

41. Les auteurs de la directive sur le commerce électronique ont manifestement voulu ménager les intérêts de certains prestataires agissant en tant qu'intermédiaires. Mais les intérêts des utilisateurs de l'Internet et des tiers

91. Même si la référence au considérant n° 42 nous laisse perplexe.

92. Dans le cas où le gestionnaire d'un service Web 2.0 met spontanément en œuvre un système de contrôle ou de filtrage, doit-on estimer qu'il joue dès lors un rôle actif et ne peut bénéficier du régime de faveur accordé aux hébergeurs ? Dans le cas où un gestionnaire de forum de discussion recourt à des « modérateurs », chargés de supprimer des contenus stockés, avant ou après mise en ligne, faut-il considérer, ici aussi, que l'exigence de passivité n'est pas rencontrée ? Cf. L. THOUMYRE, « Impact de l'arrêt Google Adwords de la C.J.U.E. sur la responsabilité des services 2.0 », disponible sur www.juriscor.net.

(notamment les titulaires de droits de propriété industrielle et intellectuelle) n'en sont pas moins pris en considération puisqu'il leur est loisible de saisir une juridiction aux fins d'obtenir qu'elle enjoigne à un intermédiaire de prévenir ou de faire cesser une violation. Cette possibilité, déjà inscrite dans la directive 2000/31 et réaffirmée dans les directives 2001/29 et 2004/48 (*supra*, n° 16), a suscité un important débat concernant la nature des mesures susceptibles d'être prises à l'encontre des intermédiaires⁹³.

Nous nous sommes occupés de cette délicate question dans une étude antérieure⁹⁴. Qu'il nous soit permis de nous en tenir ici à l'essentiel, à travers un exposé succinct des éléments du débat et d'une affaire judiciaire particulièrement illustrative.

1. Les éléments du débat

42. La possibilité de solliciter des mesures à l'encontre des intermédiaires est confirmée, sur le terrain des droits intellectuels, par la directive 2004/48, en ces termes : « Les États membres veillent également à ce que les titulaires de droits puissent demander une injonction à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un *droit de propriété intellectuelle*, sans préjudice de l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29/CE »⁹⁵. La même directive précise aussi, en son article 2, qu'elle « n'affecte pas (...) la directive 2000/31 en général et les articles 12 à 15 de cette directive en particulier ». Or, a-t-on vu (*supra*, nos 13 et 14), cette dernière interdit aux juridictions nationales d'imposer aux prestataires intermédiaires une obligation générale de surveillance (art. 15). Dans ces circonstances, la doctrine et la jurisprudence se demandent quels types d'injonction peuvent être prononcés à l'encontre de ces intermédiaires dans les cas où un tiers utilise leurs services de transmission ou de stockage pour porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle ?

En l'état actuel de notre réflexion, nos conclusions sur cette question peuvent être résumées comme suit⁹⁶.

93. Parmi d'autres, voy. C. ANGELOPOULOS, « Filtrage des contenus protégés par le droit d'auteur sur Internet en Europe », *Iris plus*, 2009-4, pp. 2-12.

94. E. MONTERO et Q. VAN ENIS, « Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'Internet : la quadrature du cercle ? », *R.L.D.I.*, n° 61, juin 2010, pp. 86-99.

95. Art. 11 de la directive 2004/48/CE, précitée.

96. Pour un développement, voy. notre étude précitée, « Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'Internet : la quadrature du cercle ? ».

Seule semble envisageable une injonction de nature à impliquer des actes de surveillance, de retrait ou de blocage d'accès relatifs à un contenu spécifique et bien circonscrit, tenu pour illicite par une décision provisoire ou définitive prise par une autorité nationale compétente et susceptible d'un recours devant un tribunal ou une entité de régulation impartial dans le respect de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Ainsi pourrait-il être donné ordre à un intermédiaire de retirer d'un site web un contenu contrefaisant spécifique et clairement identifié. Ainsi encore pourrait-il être enjoint à un fournisseur d'hébergement de mettre fin au stockage d'un site illicite ou à des fournisseurs d'accès de mettre en œuvre toutes les mesures propres à empêcher l'accès au site litigieux à partir du territoire national⁹⁷.

Par contre, on comprendrait mal qu'une juridiction puisse ordonner à un intermédiaire de prendre des mesures aptes à faire cesser un *type* d'atteinte (par ex., empêcher la mise en ligne et le stockage, sur une place de marché électronique, d'annonces d'offres en vente de produits contrefaits de telle marque ou encore bloquer systématiquement tous les échanges illicites de fichiers musicaux au sein d'un réseau P2P). En tant qu'elle impliquerait des mesures générales et permanentes de filtrage, pareille injonction heurterait de front non seulement le principe déposé dans l'article 15 de la directive 2000/31, mais aussi les principes fondamentaux en matière de liberté d'expression consacrés par l'article 10 de la CEDH. En effet, les injonctions de ce genre risqueraient de se multiplier dès lors que des infractions de tout type commises par le biais des services d'un prestataire intermédiaire de quelque importance ne tarderaient pas à être constatées. Or, il n'entraîne certainement pas dans les intentions des auteurs de la directive 2000/31 que les ordres de cessation susceptibles d'être prononcés à l'encontre des prestataires intermédiaires supposent un filtrage destiné à détecter tous les contenus présumés contrefaisants.

43. Dans l'état actuel du droit et en dépit de la mise au point de logiciels de plus en plus performants, l'imposition de mesures de filtrage apparaît difficilement conciliable avec le droit à la liberté d'expression. L'on sait qu'une ingérence dans l'exercice de ce droit n'est admissible au regard de la CEDH qu'à la condition de satisfaire au triple test auquel invite l'article 10 (légalité, légitimité, proportionnalité). C'est essentiellement la condition de proportionnalité qui fait difficulté⁹⁸. Il ressort de plusieurs études techniques dignes de foi que

97. Pour une illustration, voy. Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 19 juin 2008, inédit, rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 24 novembre 2006 par la Cour d'appel de Paris (14^e ch., B) dans l'affaire *aaargh* du nom d'un site à caractère négationniste.

98. Sur tout ceci, voy. notre étude précitée, « Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'Internet : la quadrature du cercle ? », spéc. pp. 89-90, n^{os} 10 et s. ; pp. 98-99, n^{os} 44 et s.

la plupart des filtres sont inaptes à déterminer si une communication est licite ou contrefaisante de droits intellectuels. Par conséquent, même dirigées vers un contenu spécifique, les mesures de filtrage risquent inévitablement de conduire à la suppression ou au blocage de contenus parfaitement légitimes, ou alors de laisser passer des communications illicites⁹⁹. L'on peut se demander, en définitive, s'il existe aujourd'hui une possibilité technique de filtrage qui soit à la fois efficace, c'est-à-dire apte à empêcher la violation récurrente d'un droit de propriété intellectuelle, et conforme à l'article 10 de la CEDH.

2. Illustration - La saga Sabam c. Scarlet

44. En Belgique, le problème de la portée des injonctions s'est présenté avec une acuité particulière dans une affaire opposant la Sabam au fournisseur d'accès Tiscali (devenu Scarlet). Sur la base de l'article 87, § 1^{er}, de la L.D.A.¹⁰⁰, la Sabam, société belge de gestion des droits d'auteurs, entendait obtenir la condamnation de Tiscali à faire cesser les atteintes aux droits d'auteurs portant sur les œuvres musicales appartenant à son répertoire du fait de l'échange non autorisé de fichiers musicaux, réalisé grâce à des logiciels dits *peer-to-peer* (P2P) par le biais des services du fournisseur d'accès.

Dans un jugement avant-dire droit du 26 novembre 2004, le tribunal de première instance de Bruxelles considère que l'article 87, § 1^{er}, offre effectivement une base adéquate pour obtenir la condamnation d'un intermédiaire à faire cesser une atteinte au droit d'auteur pourvu que celle-ci soit ponctuelle, circonscrite et dûment constatée. Il nous apparaît, au contraire, qu'impliquant une obligation générale et permanente de filtrage aux fins de neutraliser des réseaux *peer-to-peer*, pareille mesure contredit la lettre et l'esprit de la directive sur le commerce électronique. Aussi avons-nous regretté que le juge ait implicitement admis qu'il fût juridiquement possible d'imposer à Tiscali une obligation générale de filtrage, destinée à prévenir de futures atteintes aux droits d'auteurs, tout en saluant sa décision de surseoir à statuer en attendant d'être mieux informé sur la faisabilité et l'efficacité des mesures réclamées par la Sabam¹⁰¹.

99. Cf. C. CALLANAN, M. GERCKE, E. DE MARCO, H. DRIES-ZIEKENHEINER, « Internet blocking balancing cybercrime responses in democratic societies », 2009, www.aconite.com/blocking/study. Voir aussi l'étude américaine de M. JAYASURIYA, J. PEARLMAN, R. TOPOLSKI, M. WEINBERG, S. SIY, « Forcing the Net Through a Sieve : Why Copyright Filtering is Not a Viable Solution for U.S. ISPs », 2009, www.PublicKnowledge.org.

100. Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, M.B., 27 juillet 1994, p. 19297.

101. Voy. E. MONTERO et Y. COOL, « Le 'peer-to-peer' en sursis ? », note sous Civ. Bruxelles (cess.), 26 novembre 2004, R.D.T.I., n^o 21, 2005, pp. 97-106.

45. Par un nouveau jugement du 29 juin 2007, le même tribunal condamne Scarlet à faire cesser les atteintes au droit d'auteur constatées dans le jugement du 26 novembre 2004, en rendant impossible toute forme d'échange par ses clients, au moyen d'un logiciel P2P, de fichiers reprenant une œuvre musicale du répertoire de la Sabam, sous peine d'une astreinte de 2.500 EUR. par jour dans l'hypothèse où Scarlet ne respecterait pas le jugement après expiration d'un délai de six mois suivant sa signification ¹⁰².

Nonobstant les réserves formulées par l'expert, le tribunal juge que des mesures techniques sont effectivement disponibles pour neutraliser les atteintes au droit d'auteur constatées sur le réseau auquel Scarlet donne accès. Il s'agit, en l'occurrence de la technologie de reconnaissance par empreinte numérique développée par la société Audible Magic. Cette technologie sophistiquée relève de la nouvelle génération d'outils de filtrage : elle vise à identifier, parmi des contenus hébergés ou transmis sur un réseau, les œuvres protégées, via leur représentation numérique et par comparaison avec les empreintes numériques des contenus couverts par des droits intellectuels, fournies par les ayants droit et rassemblées dans une vaste base de données ; lorsqu'un contenu correspondant à une empreinte numérique figurant dans la base de données est identifié sur le réseau ou sur un site d'hébergement, il est procédé au blocage dudit contenu.

C'est néanmoins à tort, nous semble-t-il, que le tribunal rejette l'argument suivant lequel l'obligation faite à Scarlet de mettre en œuvre les mesures techniques sollicitées reviendrait à lui imposer une obligation générale de surveillance, prohibée par l'article 15, § 1^{er}, de la directive sur le commerce électronique ¹⁰³. Cette disposition n'exclut pas l'utilisation d'outils de filtrage, estime le tribunal, à la lumière du considérant n° 40 de la directive sur le commerce électronique. Au demeurant, l'article 15 s'adresserait exclusivement au juge de la responsabilité et l'ordre de cessation n'imposerait pas à Scarlet de « surveiller » son réseau. Cette analyse ne convainc pas. Tout d'abord, le passage relatif aux instruments techniques de surveillance ne peut être arbitrairement isolé à l'intérieur du considérant n° 40 qui, lu dans son ensemble, se réfère incontestablement à des « accords volontaires négociés » entre toutes les parties concernées. Ensuite, étant donné que l'article 15 est formulé en termes absolus et sans exception, il s'adresse à toutes les autorités nationales, en ce compris les juges du provisoire. Enfin, on ne saurait nier

qu'une surveillance du réseau est imposée à Scarlet sous prétexte qu'elle s'opère à l'aide d'instruments techniques : comment aurait-il pu en être autrement dans l'univers numérique ? (*supra*, n° 14).

46. L'affaire n'en resta pas là puisqu'entretiens, le tribunal de première instance de Bruxelles, saisi en référé, a décidé de supprimer les astreintes dues par Scarlet pour la période courant du 1^{er} janvier au 31 octobre 2008 ¹⁰⁴. Par ailleurs, Scarlet a interjeté appel contre les jugements rendus les 26 novembre 2004 et 29 juin 2007.

47. Appelée à se prononcer sur ce recours, la neuvième chambre de la cour d'appel de Bruxelles a décidé de poser deux questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne ¹⁰⁵. Voici comment est formulée la première : « Les directives 2001/29 et 2004/48, lues en combinaison avec les directives 95/46 et 2000/31 et 2002/58, interprétées notamment au regard des articles 8 et 10 de la CEDH, permettent-elles aux États membres d'autoriser un juge national, saisi dans le cadre d'une procédure au fond et sur la base de la seule disposition légale prévoyant que : Ils [le juge national] peuvent également rendre une injonction de cessation à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte au droit d'auteur ou à un droit voisin », à ordonner à un Fournisseur d'accès à Internet (en abrégé FAI) de mettre en place, à l'égard de toute sa clientèle, *in abstracto* et à titre préventif, aux frais exclusifs de ce FAI et sans limitation dans le temps, un système de filtrage de toutes les communications électroniques, tant entrantes que sortantes, transitant par ses services, notamment par l'emploi de logiciels *peer to peer*, en vue d'identifier sur son réseau la circulation de fichiers électroniques contenant une œuvre musicale, cinématographique ou audio-visuelle sur laquelle le demandeur prétend détenir des droits et ensuite de bloquer le transfert de ceux-ci, soit au niveau de la requête, soit à l'occasion de l'envoi ? ».

102. Civ. Bruxelles (cess.), 29 juin 2007, *A.M.*, 2007/5, p. 476, *R.D.C.*, 2007/7, p. 701, *I.R.D.I.*, 2007, p. 442, *R.D.T.I.*, n° 30, 2008, p. 87, note F. COPPENS.

103. Article 21 de la L.S.S.I. Pour d'autres considérations sur l'arrêt, voy., en particulier, le commentaire de F. COPPENS cité à la note précédente.

104. Civ. (réf.) Bruxelles, 22 octobre 2008, inédit.

105. Bruxelles (9^e ch.), 28 janvier 2010, *A.M.*, 2010/2, p. 176.

Conclusion

48. Pour l'essentiel, nos propos ont tourné autour des deux principales questions d'interprétation posées par les règles de responsabilité établies par la directive 2000/31. Dix ans se sont écoulés depuis l'adoption de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. Au cours de cette décennie, le paysage de l'Internet s'est considérablement transformé avec l'émergence, puis l'essor rapide, du Web 2.0. Les sites de partage de contenus, les plateformes de commerce électronique, les blogs et une grande variété d'autres nouveaux services, aujourd'hui largement répandus, étaient inexistantes à la charnière entre le 20^e et le 21^e siècle, au moment où fut élaboré le système de responsabilité des intermédiaires de l'Internet.

Fondés sur une participation active des usagers de l'Internet dans la création et la mise en ligne des contenus, ces nouveaux services 2.0 ont tôt fait d'entraîner une explosion du contentieux. Juges et auteurs se sont trouvés confrontés à la difficulté de qualifier les nouveaux services au regard des catégories de la directive 2000/31. La controverse a porté, comme on l'a vu, sur la notion d'hébergement et le fait de savoir si le prestataire de service Web 2.0 peut invoquer le bénéfice de l'exonération de responsabilité prévue pour cette activité. Notre (rapide) tour d'horizon des débats jurisprudentiels et doctrinaux relatifs à divers litiges survenus dans le cadre de services 2.0 a révélé la difficulté de tracer les frontières de la notion d'hébergement. Après une période de flottement, une doctrine et une jurisprudence largement majoritaires s'accordent pour considérer que l'hébergement ne se réduit pas à une prestation purement technique, mais se caractérise par le fait que les informations sont fournies par les destinataires du service et stockées à leur demande. Autrement dit, la prestation consistant à offrir un espace de stockage pour des contenus apportés par des tiers peut être regardée comme une activité d'hébergement.

Cette thèse est désormais confortée par un arrêt rendu le 23 mars 2010 par la Cour de justice de l'Union européenne. Dès lors qu'en cet arrêt, la haute Cour reconnaît le statut d'hébergeur au prestataire de service de référencement, on ne voit pas pourquoi le même statut – et le régime d'exemption de responsabilité que celui-ci emporte – ne s'appliquerait pas aux autres prestataires de services du Web 2.0. Encore faut-il, suivant un autre enseignement capital du même arrêt, que le prestataire n'ait « pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées ». Cette condition de « passivité » à l'égard des données stockées, déduite par la C.J.U.E. du considérant n° 32 de la directive 2000/31, est à apprécier en

complément des autres conditions énoncées à l'article 14, paragraphes 1 et 2, de la directive.

Sans doute cette condition de passivité, dégagée par la C.J.U.E., aura-t-elle une incidence sur les critères de l'hébergement élaborés par la jurisprudence de ces dernières années. Au moment où nous écrivons ces lignes, la Cour de cassation française vient de tirer les conséquences de l'arrêt du 23 mars 2003 dans quatre arrêts rendus le 13 juillet 2010¹⁰⁶ et la cour d'appel de Reims de se prononcer, en se référant également à la décision européenne, dans une affaire impliquant eBay¹⁰⁷. Les délais de publication de la présente étude nous empêchent de commenter ces arrêts qui viennent d'être prononcés. Mais il ne fait aucun doute que les incertitudes entourant la notion de passivité ne manqueront pas d'alimenter de nouvelles controverses.

49. Comme on l'a vu, la jurisprudence de ces dernières années a révélé une autre difficulté d'interprétation des règles relatives à la responsabilité des prestataires intermédiaires. On s'interroge sur la portée des injonctions susceptibles d'être prononcées, à la demande d'utilisateurs ou de tiers lésés, à l'encontre d'un prestataire intermédiaire pour prévenir ou faire cesser une atteinte à leurs droits.

Nous sommes d'avis que les juridictions disposent à cet égard d'une marge de manœuvre plutôt étroite dès lors que les mesures préconisées ne peuvent contraindre ni l'article 15 de la directive sur le commerce électronique, ni l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Quoi qu'il en soit, ce débat est, lui aussi loin d'être clos. Gageons qu'il trouvera un nouveau souffle après que la C.J.U.E. a répondu aux questions préjudicielles posées par la cour d'appel de Bruxelles dans le cadre de l'affaire *Sabam c. Scarlet*.

106. Cass. fr. (com), 13 juillet 2010, quatre arrêts, *Google c. Louis Vuitton Malletier* ; *Google c. Viatium, Luteciel* ; *Google c. CNRRH* ; *Google c. GFAM*. Tous ces arrêts sont disponibles sur www.juriscor.net.

107. Reims (ch. civ.), 20 juillet 2010, *eBay France et International c. Hennès International, Cindy F.*, confirme Trib. gr. inst. Troyes (ch. civ.), 4 juin 2008, décisions disponibles sur www.legalis.net. Ayant égard aux nombreux services complémentaires proposés par eBay en sus des prestations techniques de stockage à la demande des utilisateurs du service, la cour d'appel de Reims considère que « l'activité d'eBay ne revêt pas un caractère purement technique, automatique et passif » au sens de la directive e-commerce impliquant que le prestataire n'ait pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées » et que dès lors la société ne peut revendiquer le bénéfice du régime dérogatoire de responsabilité de l'hébergeur.